Über Bürgschaft,

ihre Arten und verwandte Verträge.

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Julius Hauck

Gerichtsassessor in Trier.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0064

Meiner lieben Schwester Lina
und dem Andenken meiner lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Grenzen der Aufgabe 9

Erster Abschnitt.

Die Bürgschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Allgemeines über Zweck und Wesen der Bürgschaftsverpflichtung 11
2. a) Inhalt und rechtliche Natur der Bürgenverpflichtung 13
   b) Umfang der Bürgenverpflichtung 18
3. Bürge und Hauptschuldner 25
4. Bürge und Gläubiger 26
5. Ende der Bürgschaft 27
6. Mehrheiten von Bürgen 31

Zweiter Abschnitt.

Arten der Bürgschaft.

1. Bürgschaft für zukünftige Schuld 34
2. Selbstschuldnerische Bürgschaft 36
3. Schadlos- oder Ausfallsbürgschaft 38
4. Rückbürgschaft 40
5. Nachbürgschaft 41
6. Kreditauftrag 42
7. Fälle gesetzlicher Bürgenhaftung 47

Dritter Abschnitt.

Der Bürgschaft verwandte Verträge.

1. Der Garantievertrag 48
   a) Wesen und Zweck des Vertrages. Unterschied von verwandten Verträgen 48
   b) Inhalt und Umfang der Verpflichtung 51
   c) Erfüllung der Verpflichtung aus dem Garantievertrag 53
2. Der Schuldbeitritt 54
   a) Denkmöglichkeit und rechtliche Zulässigkeit des Vertrages. Unterscheidung von verwandten Verträgen 54
   b) Stellung der Literatur 57
   c) Beteiligte Personen und Form des Vertragsschlusses, Inhalt der Verpflichtung und Rechtsausgestaltung im allgemeinen 59
   d) Rechtfertigung der Bezeichnung „Schuldbeitritt“ 62

Literaturverzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 69. Freiburg 1886.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann. Bd. 28 1906, Bd. 31 1907. Berlin.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 2. Teil 1 u. 2. 3. Aufl. Halle 1905/06.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2: Obligationenrecht. 7. Aufl., unter Mitwirkung von J. Biermann. Berlin 1903.

Eccius, Verbürgung für eine zukünftige Schuld und Kreditmandat. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 46.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit im deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von E. Eck; nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von R. Leonhard. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896. Handausgabe, herausgegeben von O. Fischer und W. v. Henle. 7. Aufl. München 1906.

Friedenthal, Wandlung und Minderung seitens des Bürgen. In der Juristischen Wochenschrift 1908 S. 132.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.

Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reichs. Diss. Rostock. 1900.

Juristenzeitung, Deutsche. Einzelne Jahrgänge.

Juristische Wochenschrift. Einzelne Jahrgänge.

Kisch, Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit. Jena 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl. Berlin 1906.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz (Handkommentar). Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Labes, Bürgschaft und Kreditauftrag. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 Nr. 7.

Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme. In Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 181.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe. 1888.

Müller-Erzbach, Über positive Vertragsverletzungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 1161.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1905.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Einzelne Bände.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.
Protokolle zum 2. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichsjustizamts 1897/98.
Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). München 1909.
Richter, Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis. Diss. Halle 1909.
Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme. In Kohlers Archiv Bd. 28.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1904.
Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. Tübingen 1907.
Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1908.
Stammler, Der Garantievertrag, eine zivilistische Abhandlung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 69. Freiburg 1886.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 8. Aufl. Berlin 1906/07.
Staudinger, J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 2. Teil 1 u. 2. 3. u. 4. Aufl. München 1908.
Schneider, Das Eintreten neben der Schuld eines andern. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Nr. 1 u. 2. 1909.
Weidemann, Der Kreditauftrag. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmid. Bd. 53. Stuttgart.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.
Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31. 1907.
Wienstein, Das Erfüllungsversprechen. In Gruchots Beiträgen 53. Jahrg. 1909.
Windscheid-Kipp, Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearbeitet von Th. Kipp. Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Spruchsammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Einzelne Bände.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Einzelne Bände.

Einleitung.

Grenzen der Aufgabe.

Der Kredit ist, wie Dernburg sagt, das Lebenselement des Verkehrs. Daraus erwächst dem Recht die Aufgabe, den Gefahren des Kreditierens zu begegnen. Zwei Wege, den Gläubiger vor den Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu schützen, kannten Gesetz und Recht seit alters her: es ist die dingliche und die persönliche Sicherung. Während auf dem ersteren Wege Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht und Sicherungskauf den Gläubiger vor Schaden bewahren, ist es auf letzterem vor allem die Bürgschaft. Über diese gibt das Bürgerliche Gesetzbuch entsprechend ihrer Bedeutung für das moderne Verkehrsleben in einem besonderen Abschnitt eine Reihe von Bestimmungen teils recht eingehender Art. Nun hat die Wissenschaft, den Erfordernissen und der mannigfachen Gestaltung des Lebens entsprechend, seit frühester Zeit verschiedene Arten der Bürgschaftsleistung unterschieden und recht fruchtbar der Bürgschaft verwandte Rechtsbeziehungen erörtert, die, wirtschaftlich dasselbe wie die Bürgschaft erstrebend, im Gesetz selbst dürftig oder überhaupt nicht behandelt sind. Daß auf solche Rechtsbeziehungen, soweit nach ihrem rechtlichen Wesen möglich, Bürgschaftsgrundsätze entsprechende Anwendung zu finden hätten, ist nirgends bestimmt. Und da auch allgemeine Grundsätze über solche Rechtsbeziehungen, wie z. B. über die Interzession, im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlen, so ist aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nicht zuletzt aus Einzelentscheidungen das zusammenzutragen, was in diesen Fällen geltendes Recht ist. Der Mangel wird in Wissenschaft und Praxis immer lebhafter empfunden.[1]) Es erscheint deshalb eine nicht undankbare Aufgabe, nach einem Überblick über das Rechtsinstitut der Bürgschaft selber deren besondere Arten und dann

[1]) Neuerdings Reichsgerichtsrat Schneider in seinem Aufsatz über das Eintreten neben die Schuld eines anderen in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1909 Nr. 1 u. 2.

die Rechtsbeziehungen zu besprechen, die der Bürgschaft wesensverwandt sind. Wir werden indessen, soll die Arbeit eine einigermaßen umfassende Darstellung des ganzen Rechtsgebietes geben, die Grenzen recht weit ziehen müssen und auch solche Rechtsbeziehungen erörtern, die, ohne der Bürgschaft wesensverwandt zu sein, dasselbe wirtschaftliche Ziel verfolgen. Gerade bei diesen Untersuchungen könnten die Ergebnisse und ihre Nutzanwendungen, richtig beleuchtet, auch für die Praxis von einigem Nutzen sein.

Erster Abschnitt.

Die Bürgschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Allgemeines über Zweck und Wesen der Bürgschaftsverpflichtung.

„Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts", sagt Jhering, und jedes einzelne Rechtsinstitut ist dem Dienste eines besonderen Zwecks bestimmt. Wir dürfen deshalb auch die Betrachtung der Bürgschaft einleiten mit der Frage nach ihrem Zweck. Wir werden sehen, daß das Wesen dieses Rechtsinstituts uns so am unmittelbarsten erkennbar wird; nämlich daß wir es mit einem durchaus eigenartigen und selbständigen Rechtsinstitut zu tun haben.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB.). Ein Dritter schuldet dem Gläubiger eine Leistung, und der Bürge will für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einstehen, m. a. W., er will sie sichern. Das ist der Zweck seines Eintretens. Der Bürge will lediglich der Sicherung eines bestehenden Anspruches dienen. Es bleibt also der Dritte eigentlicher Schuldner, nur er ist verbunden, den Gläubiger zu befriedigen. Was aber der Gläubiger auf Grund des Hauptschuldverhältnisses zu beanspruchen hat, wessen Erfüllung der Bürge zu sichern hat, bestimmt sich nach dem Hauptschuldverhältnis. Aus dem Sicherungszweck ergibt sich also das Wesen der Bürgschaftsverpflichtung: ihre Abhängigkeit von einer Hauptverbindlichkeit. Was daraus für die Ausgestaltung des geltenden Bürgschaftsrechts folgert, wird später zu erörtern sein.

Die Bürgschaft ist ihrem Wesen nach ein einseitig verpflichtender Vertrag.[2]) Wird das Einstehen für fremde Schuld

[2]) Mot. zu dem Entw. eines BGB., amtliche Ausgabe 1888 Bd. 2 S. 678; J. v. Staudingers Komm. z. BGB. und dem EG. Bd. 2 2. Teil S. 1235; Cosack, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 1902, 1903 § 158.

dem Gläubiger gegen Entgelt zugesagt, so ist dadurch die Natur des Vertrags wesentlich geändert. Aus dem grundlegenden § 765 BGB. ergibt sich, daß aus dem Bürgschaftsvertrag dem Gläubiger lediglich Rechte und keinerlei Pflichten erwachsen.[3]) Regelmäßig wird deshalb eine Bürgschaft unentgeltlich übernommen, d. h. der Bürge erhält vom Gläubiger für die Übernahme kein Entgelt; geradezu ausgeschlossen ist es dadurch jedoch nicht, daß die Bürgschaftsverpflichtung zum Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages gemacht wird.[4])

Bürge werden kann jeder, der sich nach allgemeinen Grundsätzen durch Verträge rechtswirksam verpflichten kann. Voraussetzung ist also lediglich Geschäftsfähigkeit im Sinne der §§ 104 ff. BGB. Restlos weggefallen sind insbesondere Beschränkungen, denen Frauen, Soldaten und Geistliche in früheren Rechten unterlagen. Eine gewisse Bevorzugung bei der Verpflichtung zum Bürgen genießen heute die Kaufleute, da sie sich auch mündlich gültig als Bürgen verpflichten können, sofern die Bürgschaft im Betriebe des Handelsgeschäftes übernommen ist (§ 350 HGB.), während allgemein nach § 766 BGB. für die Erklärung, Bürge werden zu wollen, Schriftlichkeit gefordert ist. Der Bürgschaftsvertrag kommt zustande durch die — formlose — Annahme dieses schriftlichen Angebotes durch den Gläubiger oder auch umgekehrt durch die Aushändigung des Bürgschaftsscheines an den Gläubiger, wenn von diesem der Vertragsantrag ausgegangen ist. Die Schriftform der Verpflichtungserklärung ist eine soziale Schutzvorschrift, die erst vom Reichstag auf Verlangen der Kritik aufgenommen ist und eine Durchbrechung des Prinzips der Formfreiheit der Schuldverträge bedeutet. Es kann dahingestellt bleiben, ob das, was bei den Beratungen für die gewählte Regelung vorgebracht ist, die innere Berechtigung der Ausnahme nachweist.

Als Grundlage der Bürgschaftsverpflichtung setzt § 765 BGB. in seinem Wortlaut schon ein bestehendes Schuldverhältnis voraus. Das Gesetz nennt einen Gläubiger und die Verbindlichkeit eines Dritten, für die der Bürge einstehen soll; Bürgschaft ist sonach nur denkbar, wenn bereits zwischen zwei Personen Rechtsbeziehungen bestehen, die die Unterlage für die Verpflichtung und den Inhalt der Verpflichtung des Bürgen abgeben.

Welcher Art die Rechtsbeziehungen sind, worauf die in ihnen enthaltenen Verpflichtungen gehen, ist für die zu bestellende Bürgschaft ohne Bedeutung. Es ist insbesondere nicht richtig, wenn

---

[3]) vgl. Entsch. d. RG. v. 29. 12. 1906 Bd. 65 S. 48.
[4]) Entsch. d. RG. v. 28. 10. 1907 Bd. 66 S. 426.

behauptet wird,[5]) die Bürgschaft wäre nur möglich zur Sicherung einer Hauptschuld, die auch vom Bürgen selbst erfüllt werden kann, d. h. für eine vertretbare Leistung: „Die Bürgschaft verbiete sich von selbst, der Bürge sei ein untaugliches Subjekt der Schuld, wenn die Hauptschuld ihrem Inhalte nach von der Person des Hauptschuldners untrennbar sei". Mit guten Gründen nimmt die gesamte Literatur und Rechtsprechung das Gegenteil an. Nach den Motiven[6]) soll schon durch die Fassung die Deutung ausgeschlossen werden, als sei die Bürgschaft nur zulässig für eine Geldforderung, oder als hafte der Bürge nur für Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf seiten des Hauptschuldners. Ausdrücklich Cosack[7]): „Bürgschaft kann für Verpflichtungen aller Art, also nicht bloß zu Geldverpflichtungen, übernommen werden", ähnlich ohne Einschränkung die meisten Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches.[8]) Seyfferth geht eben von der von uns noch zu erörternden unzutreffenden Auffassung aus, der Bürge sei auch Subjekt der Hauptschuld und nicht, wie wir nachweisen werden, nur Subjekt der durchaus eigenartig gestalteten Bürgschaftsschuld.

2a. Inhalt und rechtliche Natur der Bürgenverpflichtung.

Was ist nun der Inhalt der Bürgenverpflichtung, wie wird sie erfüllt, was hat der Bürge zu leisten, um seiner Verpflichtung nachzukommen? Der Bürge hat für die Erfüllung der Hauptschuld „einzustehen". Einstehen für etwas heißt nach dem Sprachsinn zunächst abwarten; abwarten, ob das Erhoffte nicht ohne Zutun des Einstehenden in Erfüllung geht. Dann aber heißt Einstehen ferner: Tritt das Erwartete ohne Mithilfe des Einstehenden nicht ein, so muß dieser das Seinige zur Herbeiführung des Erfolges tun, er muß selbst leisten. Wir unterscheiden also bei der Bürgschaft zwei Entwicklungsstadien, die Bürgenverpflichtung kann auf zweierlei Weise erfüllt werden. Der Bürge sichert den Gläubiger, indem er für die Erfüllung einsteht, er steht für die Erfüllung ein, indem er nötigenfalls selbst für den Schuldner

---

[5]) Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem deutschen BGB, Dissert. Leipzig 1905, §§ 2 ff.

[6]) Mot. a. a. O. S 659.

[7]) Cosack a. a. O. S 582.

[8]) Dernburg, Das bürgerl R. des Deutschen Reichs Bd. 2, 2 3. Aufl. 1905, 1906 S. 390; Kohler, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 416; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. 2. Aufl. 1906 S. 491; Planck, BGB. Bd. 2 3. Aufl. 1907 S. 824.

leistet. Es ist nicht zutreffend, wenn gesagt wird, der Inhalt der Bürgenverpflichtung wäre lediglich der, auf Verlangen des Gläubigers diesen an Stelle des Hauptschuldners zu befriedigen. Es mag hier auf den Versuch hingewiesen werden, den Richter[9]) in Anlehnung an Isay neuerdings unternommen hat, die Eigenart der Bürgenverpflichtung, ihre Wesensverschiedenheit von anderen Leistungsverpflichtungen des Schuldrechts mit der deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung in Zusammenhang zu bringen.

Das Einstehen des Bürgen wird zwar in der Regel ohne Zeitgrenze bedungen werden. Indessen, da manchmal dem Gläubiger damit gedient sein wird, wenn seine Forderung auch nur eine bestimmte Zeit lang gesichert ist, ist die Eingehung der Bürgschaft auf bestimmte Zeit aus dem Wesen der Bürgschaft heraus etwas ganz Natürliches. Der Bürge hat erfüllt, wenn er bis zum Ablauf der Vertragszeit „eingestanden" hat. Über die Besonderheiten dieser Art der Bürgschaftsleistung wird unten gesprochen werden.

Einstehen bedeutet nach dem Sprachgebrauch nichts anderes als das in der Sprache des Gesetzes häufigere „Haften". Was heißt aber Haften eigentlich?

Wer eine Leistung schuldet, ist kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet, diese Leistung zu bewirken. Fast stets liegt zwischen dem Eingehen der Verpflichtung und der Erfüllung nach dem Inhalt des Vertrages ein Zeitraum, die Leistung wird fällig. Der Gläubiger will und muß aber bereits vor der Fälligkeit damit rechnen, daß die Erfüllung ordnungsmäßig und rechtzeitig erfolgen werde. Der Schuldner darf daher bis zum Zeitpunkt der Erfüllung nichts tun, was diese zu vereiteln oder auch nur zu gefährden geeignet sei. Das liegt im § 276 BGB., wo es heißt, daß der Vertragsschuldner allgemein Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, „für deren Folgen er einzustehen habe".[10])

Siber[11]) will nicht anerkennen, daß die Unterlassung von Handlungen, die die Erfüllung vereiteln oder gefährden könnten, Gegenstand einer neben der Leistungspflicht bestehenden besonderen Verpflichtung sein könne, und erklärt diese als einen negativen Ausdruck für etwas, was schon in der Verpflichtung zur Hauptleistung enthalten ist. Richtig ist, daß diese Unterlassungspflicht in der Verpflichtung zur Hauptleistung regelmäßig ent-

---

[9]) Richter, Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis, Diss. Halle 1909.

[10]) Enneccerus, Das bürgerl. R. 3. Aufl. 1908 Bd. 1 S. 702.

[11]) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis 1907 S. 85 u. 175.

halten ist, und Siber hätte auch weiter recht, wenn eine Verletzung der Unterlassungspflicht stets und immer eine Verletzung der Leistungspflicht in sich schlösse, wenn also die Verletzung der Unterlassungspflicht jeder eigenen Rechtswirkung entbehrte. Nun ist aber, wie Staub[12]) in seinen Schriften über die positiven Vertragsverletzungen immer wieder in den Vordergrund stellt, durchaus denkbar, daß die Verletzung einer Unterlassungspflicht weder die Hauptleistung unmöglich macht, noch verzögert und dennoch den Vertragszweck gefährdet. In diesen Fällen billigt mit Staub nunmehr auch das Reichsgericht und die herrschende Meinung aus allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche zu, die also lediglich aus der Verletzung jener Unterlassungspflicht entspringen. Es ist deshalb heute unbestreitbar, daß diese Unterlassungspflicht aus der Hauptverbindlichkeit herausgenommen und einer besonderen Betrachtung unterzogen werden kann. Erst die Konstatierung dieser Nebenverpflichtung des Unterlassens sichert den Gläubiger vor jeder Gefährdung des Vertragszweckes. Ein ähnliches Ziel verfolgt die Bürgschaft. Die Bürgenverpflichtung ist aber wenigstens vom Standpunkt des Bürgen aus, nicht wie gesagt wird,[13]) eine Nebenverpflichtung, denn der Bürge selbst hat keine von dieser Nebenverpflichtung verschiedene Hauptverpflichtung. Indem der Bürge einen Teil dessen auf sich nimmt, was der Hauptschuldner ebenfalls schuldet, macht er diesen Teil zum Inhalt seiner Hauptverpflichtung. Der Bürge erfüllt einmal, indem er haftet. Daß das Haften, das „praestare“ der Römer, für sich allein zulässiger und ausreichender Inhalt eines Schuldverhältnisses sein kann, wird auch von Staudinger[14]) gerade unter Hinweis auf die Bürgschaft und den Garantievertrag ausdrücklich hervorgehoben. Leisten im Sinne des § 241 BGB. bedeutet eben nicht nur ein Handeln, sondern auch „den gewollten Zustand“.[15]) Das gleiche gilt von der oben geschilderten Haftung jedes Schuldners für jegliche Gefährdung des Vertragszweckes. Denn die von uns konstatierte, jedem Schuldverhältnis innewohnende Unterlassungspflicht ist nichts anderes als die Verpflichtung, den bestehenden Zustand nicht zu verändern, also zu belassen.

Also auch die Haftung des Schuldners dafür, daß der Vertragszweck nicht vorsätzlich oder fahrlässig gefährdet werde, ist ein gewollter Zustand.

---

[12]) Staub, insbesondere Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag S. 44 und seine Monographie über positive Vertragsverletzungen S. 30 ff.

[13]) Dernburg a. a. O. S. 389.

[14]) Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 11.

[15]) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit S. 130.

Sein natürliches Ende findet dieser Zustand mit der Erreichung des Vertragszweckes, mit dem Untergang der Hauptverbindlichkeit. Wie ohne gültige Hauptverbindlichkeit aus dieser heraus keinerlei Nebenverpflichtungen entwickelt werden können, wird mit der restlosen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch jede irgendwie geartete Haftung gegenstandslos. Auch hierin ist die Haftung des Bürgen gleichgeartet. Im Gesetze ist, was wir schon oben als das aus dem Zweck der Bürgschaft sich ergebende Wesen der Bürgschaftsverpflichtung gekennzeichnet haben, im § 767 BGB. ausgesprochen, „daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist". Wie sich aus den Materialien ergibt, waren sich die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches völlig darüber klar, daß dieser Grundsatz der Akzessorität, der Abhängigkeit von dem Bestehen einer Hauptverpflichtung, so folgerichtig wie nur möglich durchzuführen sei.[16])

Nach den von uns entwickelten Sätzen über die rechtliche Natur der Bürgenverpflichtung ist die Verpflichtung erfüllt, wenn der Sicherungszweck erreicht ist. Es muß nun doch wohl als der gewollte Regelfall gelten, daß der Hauptschuldner bei Fälligkeit restlos erfüllt und dadurch der gewollte Zustand der Haftung des Bürgen sein natürliches Ende erreicht. Das ist auch der Verlauf, den der Bürge regelmäßig beim Abschluß des Vertrages im Auge hat. Deshalb wird die Bürgschaft regelmäßig unentgeltlich übernommen: der Bürge hofft eben, ohne jeden Nachteil für sich, dem andern einen Vorteil zuwenden zu können. Und weil man fürchtete, die Mehrzahl der sich Verbürgenden rechne nur mit diesem Verlauf der Dinge, glaubte der Gesetzgeber diesem „Leichtsinn" dadurch begegnen zu können, daß er für die Erteilung des Bürgschaftsversprechens die Schriftform forderte.[17])

Nach der allgemeinen Vorschrift des § 362 BGB. erlischt jedes Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Über die Person des Leistenden ist nichts gesagt. Ergänzend tritt in dieser Hinsicht der § 267 BGB. hinzu. Gestattet nur die Art der Verpflichtung auch einem Dritten, inhaltlich völlig Gleiches wie der Schuldner zu leisten, so soll selbst gegen den Willen des Gläubigers dieser Dritte die Verpflichtung erfüllen, das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen können. Dies gilt natürlich, wenn von jedem Dritten, so auch vom Bürgen. Der Bürge könnte im gedachten Falle also die Hauptverbindlichkeit

---

[16]) Prot. z. 2. Entw. des BGB. im Auftrage des Reichsjustizamtes 1897/98 S. 2507.

[17]) Prot. Bd. 2 S. 2500.

zum Erlöschen bringen, wenn er sie selbst erfüllt. Der Bürge hat also die Möglichkeit, sich seiner Verpflichtung zu entledigen, indem er statt des Schuldners den Gläubiger befriedigt. Warum der Gesetzgeber statt des Untergangs der Hauptschuld und der Entstehung eines Ersatzanspruches den Forderungsübergang kraft Gesetzes hier vorgeschrieben hat, ist unten zu besprechen. Vorliegend wird für den Bürgen, der in der Regel aus dem Bürgschaftsvertrage keine Handhabe gegen den Schuldner hat, diesen zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu zwingen, die Lösung, den Gläubiger selbst zu befriedigen, zur einzig für ihn möglichen. So wird, weil der Bürge wie jeder Schuldner das seinerseits Erforderliche tun muß, damit seine Verbindlichkeit erfüllt werde, für diesen aus der Möglichkeit jedes Dritten, sich durch Leistung an den Gläubiger zu befreien, die Verpflichtung dazu.

Ist die Hauptschuld fällig, ist sie eine vertretbare Leistung oder wenigstens zu einer solchen geworden und verlangt der Gläubiger von dem Bürgen, daß er an Stelle des Schuldners leiste, so ist der Bürge als solcher verpflichtet, für den Schuldner zu leisten. Nicht etwa, weil die oben gekennzeichnete Erfüllungsart, „das Haften" an sich durch Zeitablauf unmöglich geworden sei und darum dem Bürgen nach allgemeinen Grundsätzen eine Ersatzleistung im Sinne der §§ 280 u. 249 BGB. obliege, auch nicht etwa weil diese letztere Verpflichtung, an Stelle des Schuldners dessen Leistung zu erfüllen, den eigentlichen Kern der Verpflichtung des Bürgen enthielte. Trotz der Abhängigkeit seiner Schuld von der Hauptschuld ist diese selbst ihm durchaus fremd geblieben; wenn er sie auf Grund seiner Bürgschaftsverpflichtung erfüllt, so erfüllt er sie nicht, weil sie seine eigene geworden ist, sondern weil ihn die Rechtsordnung dazu zwingt, die fremde Schuld zu tilgen, nicht anders wie wenn ein Dritter aus einem Auftrage verbunden werden kann, aus seinen Mitteln die Schuld eines andern zu erfüllen.

Das wesentlichste aus dieser Untersuchung über die Art der Verpflichtung des Bürgen ist die Feststellung, daß der Bürge eine eigenartige selbständige Verpflichtung hat, daß die Hauptschuld selbst ihm durchaus fremd bleibt, daß er, auch nicht bedingt, selbst Träger der Verbindlichkeit aus dem Hauptschuldverhältnis wird. Wäre das letztere der Fall, so würde der Bürge mit dem Hauptschuldner in allen Regelfällen mit dem Hauptschuldner als Gesamtschuldner für die Leistung haften. Vereinzelt wird dies auch ausgesprochen, z. B. sagt Herms: „Bürgschaft ist ein Gesamtschuldverhältnis".[18]) Ähnlich Planck: „Für einzelne Gesamtschuld-

[18]) Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB. des Deutschen Reiches, Diss. Rostock 1900, S. 19.

verhältnisse werden die für dieselben geltenden allgemeinen Grundsätze durch besondere Vorschriften modifiziert, so z. B. für die Haftung des Bürgen".[19])

Im übrigen sind die Simmen, die den Bürgen schlechthin als einen Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. bezeichnen, selten, doch lassen gerade die bekanntesten Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch die in dieser so wichtigen Frage wünschenswerte Entschiedenheit vermissen und geben so zum mindesten der Vermutung Raum, daß sie den von uns scharf hervorgehobenen Unterschied zwischen Bürgschaft und Gesamtschuld nicht machen wollen. So sagt Crome[20]): „Der Bürge tritt neben den Hauptschuldner und verspricht dem Gläubiger die geschuldete Leistung für den Fall, daß der Hauptschuldner sie nicht ordnungsmäßig bewirkt" und bemerkt dann allerdings in einer Fußnote, „es bestehe aber keine einfache Gesamtschuld". Und Staudinger[21]) sagt von dem Sicherungszweck der Bürgschaft, „der Gläubiger erhalte durch den Bürgschaftsvertrag einen zweiten Schuldner, an den er sich halten könne, wenn er vom Hauptschuldner nicht befriedigt werde". Wenn sonach namhafte Schriftsteller den Bürgen wenigstens für eine besondere Art von Gesamtschuldner halten, so braucht bei der nicht wegzuleugnenden Wesensverwandtschaft der beiden Rechtsbeziehungen so lange dem nicht entgegengetreten zu werden, als keine Folgerungen aus jener begrifflichen Auffassung gezogen werden. Das geschieht aber doch nur sehr vereinzelt.[22]) Nachdem das Reichsgericht ohne irgend welchen Widerspruch gefunden zu haben, es unumwunden ausgesprochen hat, daß die Bürgschaft von dem Bürgerlichen Gesetzbuch erschöpfend für sich behandelt ist, daß die Bestimmungen über Gesamtschuldverhältnisse nur dort Anwendung zu finden hätten, wo ausdrücklich auf sie verwiesen wird, wie z. B. im § 779 BGB., werden irreführende Folgerungen aus jener begrifflichen Auffassung wohl nicht mehr gezogen werden.

2b) Umfang der Bürgenverpflichtung.

Für den Umfang der Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Umfang der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Das ist im § 767 BGB. zum Ausdruck gebracht. In welchem Maße die Hauptverbindlichkeit gesichert werden soll, richtet sich naturgemäß nach der Parteiabrede. Dem Begriffe des Verbürgens widerspräche es aber, wenn der Bürge sich zu einer größeren Leistung ver-

---

[19]) Planck a. a. O. Bd. 2 S. 310 zu § 421.
[20]) Crome Bd. 2 S. 864.
[21]) Staudinger a. a. O. S. 1238.
[22]) U. W. nur die beiden Dissertationen von Herms und Seyfferth a. a. O.

pflichten wollte, als die dem Hauptschuldner obliegt. Anderseits tut es dem Wesen der Bürgschaft keinen Eintrag, wenn der Bürge nur für die Erfüllung eines Teiles der Hauptverbindlichkeit einsteht, wenn er z. B. nur den richtigen Eingang der Zinsen einem Gläubiger einer Darlehnsforderung sichern will.

Grundsätzlich wirkt jede, sowohl rechtsgeschäftlich wie durch gesetzliche Vorschrift verursachte Verringerung der Hauptschuld auf die Bürgschaftsschuld zurück. Eine Ausnahme von diesem das Bürgschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches beherrschenden Grundsatze der Abhängigkeit von der Hauptschuld bringt die Bestimmung des § 193 der Konkursordnung für den Zwangsvergleich, in der es heißt: „Die Rechte der Gläubiger gegen die Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners . . . werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt". Die Bestimmung hat zur Folge, daß, wenn im Zwangsvergleich dem Gemeinschuldner Stundung gewährt ist, der Bürge sich auf diese Stundung nicht berufen kann; wenn dem Gemeinschuldner gegen Zahlung einer Akkordrate der Rest erlassen ist, der Bürge trotzdem den ganzen Ausfall bezahlen muß. Es ist aber eine Eigenart des durch den Zwang der Umstände geschaffenen Zwangsvergleichs, daß z. B. auch gegen den Willen eines — überstimmten — Gläubigers ein Teil von dessen Forderung als „erlassen" zu gelten hat. §§ 196 u. 197 der Konkursordnung.[23]) Daß die Eigenart der Rechtslage auch ihre Wirkung auf die Bürgschaft ausdehnte, widerspräche der Billigkeit und insbesondere auch dem Sicherungszweck der Bürgschaft, aus der heraus sich der Grundsatz der Abhängigkeit erst entwickelt hat.

Wird die Hauptverbindlichkeit nach Übernahme der Bürgschaft kraft gesetzlicher Vorschrift erweitert, z. B. infolge des Verzugs, so trifft dies auch den Bürgen. Das gleiche gilt von den Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, die der Gläubiger möglicherweise verursacht. Beruht die Erweiterung der Hauptschuld aber auf Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, so bleibt sie auf die Bürgschaft ohne Einfluß (§ 767 Abs. 2 u. 3 BGB.).

Nur der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit selbst ist für die Verpflichtung des Bürgen maßgebend. Nebenverbindlichkeiten des Hauptschuldners, die nicht ihren Grund in gesetzlichen Vorschriften haben, wie z. B. Verzugszinsen, sondern auf Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner beruhen, sind nur dann gesichert, wenn aus dem Übernahmevertrag festzustellen ist, daß der Bürge beim Abschluß eine dahingehende Absicht hatte. Man wird dies hinsichtlich der Vertragszinsen bei einer Verbürgung

---

[23]) Westerkamp, Bürgschaft u. Schuldbeitritt, Berlin 1908, S. 91.

für ein verzinsliches Darlehen nach den Erfahrungen des Lebens als Regel ansehen können, dagegen bei einer ohne Wissen des Bürgen etwa vereinbarten Vertragsstrafe entgegengesetzt entscheiden müssen. Bemerkenswert ist, daß für das Bürgschaftsrecht eine Bestimmung fehlt, wie sie im § 1210 BGB. für das Pfandrecht gegeben ist, wonach „das Pfand für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen haftet".

Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft folgert ferner, daß alles, was das Entstehen der Hauptschuld hindert oder diese zum Erlöschen bringt, auch die Entstehung der Bürgschaftsschuld hindert oder zum Erlöschen bringt. Eine für eine Spielschuld als Hauptschuld bestellte Bürgschaft verfällt mit der Nichtigkeit der Hauptschuld auch der Nichtigkeit. Ist die Hauptschuld wegen Irrtums, Drohung usw. anfechtbar und angefochten, so wirkt diese Tatsache auch auf die Bürgschaftsschuld, auch sie ist dann als von vornherein nichtig zu betrachten.

Da indessen nach allgemeinen Grundsätzen nur der ein Rechtsgeschäft anfechten kann, der als Vertragspartei an ihm beteiligt ist, wäre der Bürge, der keine Handhabe hat, den Hauptschuldner zur Ausübung seines Anfechtungsrechts zu zwingen — die Hauptschuld selbst ist ihm ja fremd —, gegebenenfalls trotz der Anfechtbarkeit der Hauptschuld genötigt, für den vielleicht böswilligen Hauptschuldner zu zahlen. Es ist deshalb im § 770 BGB. bestimmt, daß der Bürge so lange die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrundeliegende Rechtsgeschäft anzufechten. Das gleiche gilt aus denselben gesetzgeberischen Erwägungen für den Fall, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (§ 770 BGB.).

Dem Bürgen stehen ferner, da seine Verpflichtung grundsätzlich keine stärkere als die des Hauptschuldners sein kann, alle sonstigen aufschiebenden und auch zerstörenden Einreden zu, die dem Hauptschuldner erwachsen; dies gilt z. B. auch für die Einrede der Verjährung. Auch der Bürge kann die Erfüllung einer verjährten Forderung weigern, selbst wenn seine Bürgschaftsschuld nicht verjährt sein sollte.[24])

Auch dann, wenn die Bürgschaft in Kenntnis des Umstandes, daß der Hauptschuld die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden könnte, eingegangen ist, wird nicht anders zu entscheiden sein. Das Ergebnis ist nur scheinbar unbillig; denn ging die Absicht der Parteien dahin, den Gläubiger gerade dagegen zu

[24]) Staudinger a. a. O. S. 1250; Planck a. a. O. S 831.

schützen, daß er infolge des Verjährungseinwandes nicht befriedigt werde, so wird man in dieser Abmachung vielleicht einen Verzicht des Bürgen und des Hauptschuldners auf die Geltendmachung der Verjährung sehen können.[25]) Eine andere Auffassung haben Goldmann und Lilienthal.[26]) Sie nehmen an, daß in Wahrheit Bürgschaft dann nicht vorliege, sondern ein Schuldversprechen, das nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sei. Allerdings, wenn eine Haftung gerade für den Fall übernommen werden soll, daß eine gültige Verpflichtung des Hauptschuldners nicht zustande kommt, oder für den Fall, daß die Hauptschuld aus gewissen Gründen, die den Hauptschuldner befreien, wie z. B. nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, kann von einer Bürgschaft keine Rede sein. In allen diesen Fällen fehlt es gerade dann an einer Hauptverbindlichkeit, wenn diese den Inhalt der Bürgschaftsschuld bestimmen soll (vgl. S. 49 ff. über den Garantievertrag).

Die Bestimmung des § 768 BGB., worin schlechthin gesagt ist, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, geben ihm das Recht, die Tatsachen zu seinen eigenen Gunsten zu verwenden, die den Hauptschuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigen. So kann der Bürge, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, seinerseits so lange die Erfüllung weigern, bis der Hauptschuldner seine Gegenleistung erhalten hat (§ 321 BGB.). Ferner ist die Hauptschuld gestundet, so kann auch der Bürge sich auf die Stundung berufen.[27])

Kann der Hauptschuldner auf Grund eines Zurückbehaltungsrechtes oder weil der Gläubiger dem Hauptschuldner vorzuleisten hatte (§ 322 BGB.), seinerseits die Erfüllung weigern, so kann dies auch der Bürge.

Der Bürge kann aber ebensowenig, wie er an Stelle des Hauptschuldners Anfechtungs- und Aufrechnungserklärungen abgeben kann, alle die anderen einseitigen Erklärungen ohne Mitwirkung des Hauptschuldners abgeben, die ihrer Natur nach eine Verfügung über den Inhalt der Schuld enthalten wie z. B. die Ausübung des Wahlrechts, des Rücktrittsrechts, des Rechts auf Wandlung oder Minderung.[28])

Sehr zweifelhaft und bestritten ist deshalb z. B., ob der Bürge, wenn er auf Zahlung des Kaufpreises an Stelle des Hauptschuldners,

---

[25]) Prot. a. a. O. S. 466.

[26]) Goldmann und Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt, Bd. 1 2. Aufl. 1903 S. 817.

[27]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 228.

[28]) Mot. Bd. 2 S. 663; Prot. Bd. 2 S. 466.

des Käufers, belangt wird, dem Gläubiger die Einrede entgegenhalten kann, die der Hauptschuldner als Käufer auf Grund seines Rechts zur Wandlung oder Minderung hat. Nach Staudinger[29]) wäre der Bürge insoweit berechtigt, die Befriedigung des Gläubigers zu weigern, weil ja der Hauptschuldner den Kaufpreis zu zahlen sich weigern könne. Das wäre aber nur zutreffend, wenn der Käufer und Hauptschuldner neben seinem Wandlungsrecht eine in sich selbständige verzögerliche Einrede hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Will der Käufer nicht zahlen, so muß er zuerst die Wandlung erklären, erst die erklärte Wandlung berechtigt ihn zur Weigerung der Zahlung. Da der Bürge selbst nicht wandeln kann, erwächst ihm aus dem Wandlungsrecht des Hauptschuldners keine Einrede. So entscheiden Planck, Goldmann und Lilienthal, und hinsichtlich der Wandlung Crome, zweifelnd Oertmann und Dernburg.[30]) Unserer Ansicht nach liegt aber der Fall bei der Minderung ebenso. Erst die Erklärung des Käufers, daß er mindere, gibt ihm das Recht, die Zahlung eines Kaufpreises zu weigern. Ohne diese Erklärung, zu der der Bürge den Käufer nicht zwingen kann, erwächst dem Bürgen aus der Tatsache, daß der Käufer berechtigt wäre, zu mindern, keine Einrede. Allerdings ist zurzeit die herrschende Meinung in der Literatur, wie oben angegeben, gegenteiliger Ansicht. Zuletzt hat in einem Aufsatz Friedenthal die Frage behandelt.[31]) Auch seiner Ansicht, daß der Bürge zwar nicht wandeln und mindern, aber Zahlung insoweit verweigern könne, als der Hauptschuldner auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, was sich als ein Analogieschluß aus § 478 BGB. ergebe, können wir nicht beipflichten. In § 478 BGB. ist der Fall behandelt, daß der Anspruch auf Wandlung oder Minderung verjährt ist, und gesagt, daß wenn nur die Anzeige der Mangelhaftigkeit der Ware rechtzeitig erfolgt ist, der Käufer Zahlung des Kaufpreises insoweit weigern könne, als er auf Grund der Wandlung und Minderung dazu berechtigt sein würde. Es bedarf aber wohl keiner Ausführung, daß auch hier nur an die erklärte Wandlung oder Minderung und deren Folgen gedacht ist.

Diese Ausführungen gelten auch für das gesetzliche und vertragliche Rücktrittsrecht und das vertragliche Wahlrecht.

Der einzig mögliche Weg ist der Analogieschluß aus § 770 BGB., in dem dem Bürgen eine verzögerliche Einrede insoweit

---

[29]) Staudinger a. a. O. S. 1254.

[30]) Planck a. a. O. S. 833; Goldmann u. Lilienthal Bd. 1, Berlin 1903, S. 815; Crome a. a. O. S. 878; Oertmann a. a. O. S. 841; Dernburg S. 841.

[31]) Friedenthal in JurW. 1908 S. 132.

gegeben wird, als der Hauptschuldner wandeln, mindern, zurücktreten oder wählen kann. Auch das Reichsgericht scheint dem geneigt zu sein, wie eine neue Entscheidung vom 28. 9. 1907 ergibt.[32]) Für diesen Analogieschluß spricht sich auch Enneccerus[33]) aus. Gegen denselben wegen des positiven Charakters der Bestimmung des § 770 BGB. sind Goldmann und Lilienthal.[34])

Die Einreden des Hauptschuldners bleiben dem Bürgen selbst dann erhalten, wenn der Hauptschuldner auf dieselben verzichtet (§ 770 Abs. 2 BGB.). Dies ist ein Gebot der Billigkeit, da es der Willkür des Hauptschuldners doch nicht überlassen bleiben kann, ob die aus irgendwelchen Gründen sonst eintretende Verringerung der Bürgschaftshaftung eintreten oder unterbleiben soll. Oertmanns Versuch,[35]) unter Hinweis auf diese Bestimmung in den oben behandelten Fällen auch ohne den erklärten Rücktritt, Wandlung usw. ein Recht auf Weigerung der Zahlung zu geben, weil in der Nichtausübung des Rücktrittsrechts ein Verzicht auf die ihm aus derselben erwachsenden Einreden läge, ist doch wohl zu problematischer Natur, um als praktisch verwendbar bezeichnet zu werden.

Von der Regel, daß dem Bürgen alle Einreden des Hauptschuldners, auch die höchstpersönlichen desselben, zustehen, gibt es außer dem bereits besprochenen Falle im Konkursrecht noch eine Ausnahme: Der Bürge soll sich nicht darauf berufen können, daß der Erbe des Hauptschuldners nur beschränkt, d. h. nur mit dem Nachlaß haftet (§ 768 Abs. 1 BGB.). Begründet wird diese Ausnahme aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft.[36])

Nach der Absicht der Vertragsschließenden sei nämlich anzunehmen, daß dem Gläubiger gerade gegen derartige Zufälle Schutz gewährt werden solle.

Die Haftung des Bürgen ist regelmäßig eine subsidiäre. Er braucht die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung einzustehen er sich verpflichtet hat, seinerseits erst dann zu erfüllen, wenn der Gläubiger erfolglos versucht hat, die Erfüllung von dem Hauptschuldner zu erlangen. Indessen ist dieser Grundsatz im geltenden Bürgschaftsrecht nicht so wesentlich, wie z. B. der Grundsatz der

---

[32]) Entsch. d. RG. Bd. 66 S. 332 ff.
[33]) Enneccerus a. a. O. S. 1053.
[34]) Goldmann u. Lilienthal a. a. O. S. 815.
[35]) Oertmann a. a. O. S. 841.
[36]) Prot. Bd. 2 a. a. O. S. 466; Crome a. a. O. S. 876/77 Anm. 25 u. 26; Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von R. Leonhard Bd. 1 1. u. 2. Aufl. 1903 S. 586 Anm. 2.

Abhängigkeit von der Hauptschuld. Während, wie wir oben gesehen haben, von einer Bürgschaft nicht mehr gesprochen werden kann, wenn eine zu sichernde gültige Hauptverbindlichkeit fehlt, tut es dem Wesen der Bürgschaft keinen Eintrag, wenn der Bürge nach der Parteiabrede auf seine sich aus der Subsidiarität ergebenden Rechte verzichtet (§ 771 Nr. 1 BGB.). Im Gegensatz zum preußischen Recht[37]) hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Wirkung der Subsidiarität sogar noch weiterhin abgeschwächt, indem dem Bürgen nur, wenn er sich darauf berufen will, eine verzögerliche Einrede gegeben wird. Indessen kommt es bei der Beweisfrage doch zum Durchbruch, daß jene Regelung lediglich aus praktischen Erwägungen heraus gewählt wurde.[38])

Daß wenigstens, wenn der Bürge sich des ihm gegebenen Rechtes bedient, die erfolglose Belangung des Hauptschuldners zu den die Klage begründenden Tatsachen gehört, die der aus dem Bürgschaftsrecht klagende Gläubiger zu beweisen hat, ergibt sich aus der Fassung des § 771 BGB.[39])

Eine weitere Abschwächung der Wirkung der Einrede der Vorausklage enthält die Bestimmung des § 772 BGB. Ist die Forderung des Gläubigers eine Geldforderung, so braucht lediglich am Wohnsitz bezw. Niederlassungs- oder Aufenthaltsort des Schuldners die Zwangsvollstreckung in dessen bewegliche Habe erfolglos versucht sein. Aus Gründen der Billigkeit ist ferner die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft seinen Wohnsitz usw. derart geändert hat, daß die Rechtsverfolgung gegen ihn wesentlich erschwert ist, ferner wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, schließlich allgemein, wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird. Der Bürge hat die Einrede der Vorausklage gleichwohl, wenn der Gläubiger ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners hat, aus der er sich befriedigen könnte.

Über die Wirkung der Erklärung, sich als Selbstschuldner verbürgen zu wollen, ist unten im Zusammenhang zu sprechen.

Da hinsichtlich des Umfanges der Einrede eine Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen ist, dürfte auch jeder zulässigen Erweiterung des Inhalts derselben nichts entgegenstehen. Ob aber,

---

[37]) Preuß. ALR. I, 14 § 283.
[38]) Mot. Bd. 2 S. 667 u. 668; Prot. Bd. 2 S 468.
[39]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 817; Enneccerus a. a. O. Bd. 1 S. 1051; Planck Bd. 2 zit. a. a. O. S. 834; Oertmann zit. a. a. O. S. 845.

wie Planck[40]) meint, die Ausfallsbürgschaft eine solche Art der Erweiterung enthält, werden wir unten erörtern.

3. Bürge und Hauptschuldner.

Der Bürgschaftsvertrag selbst schafft Rechte und Pflichten nur zwischen den Vertragsparteien, dem Bürgen und dem Gläubiger. Die Entstehung der Bürgenverpflichtung kann, wie wir schon oben gesehen haben, selbst ein entgegenstehender Wille des Hauptschuldners nicht hindern. Freilich werden solche wirtschaftspolitisch unfruchtbaren Rechtslagen nicht eben häufig sein.

Auch davon haben wir bereits gesprochen, daß die Bürgenverpflichtung als solche einseitiger Natur ist, daß regelmäßig eine Gegenleistung nicht bedungen wird.

Darum ist es in der Regel der — seinem Wesen nach — unentgeltliche Auftrag des Hauptschuldners, der den Bürgen veranlaßt, die Bürgschaft zu übernehmen. Der Hauptschuldner haftet dem Bürgen daher in diesen Fällen nach den Regeln des Auftrags; die §§ 662 ff. BGB. finden Anwendung. Daraus ergäbe sich u. a., daß der Bürge, dessen Verpflichtung in einem Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld, nicht in der Erfüllung der Hauptschuld selber besteht, vor dem Leistungsverlangen des Gläubigers jederzeit in Ausübung seines ihm aus § 671 BGB. zustehenden Kündigungsrechts Befreiung von der Bürgenverpflichtung verlangen könnte, weil er infolge Beendigung des Auftragsverhältnisses Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und damit auf Befreiung der eingegangenen Verbindlichkeiten hat (§§ 670, 257 BGB.).

Aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft erklärt es sich, daß der Bürge nach der Bestimmung des § 775 BGB. dieses Recht auf Befreiung nur unter gewissen Voraussetzungen haben soll, nämlich wenn der Hauptschuldner mit Erfüllung der Verbindlichkeit im Verzug ist, wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat, schließlich wenn die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich derart verschlechtert haben, daß die Rechtsverfolgung erschwert ist.

Im übrigen ergeben sich Rechte und Pflichten des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner aus den für den Auftrag geltenden Sätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dies gilt aber weiter auch für den Fall, daß der Bürge von dem Hauptschuldner dafür bezahlt wird, daß er die Bürgschaft übernimmt. Einen solchen entgeltlichen Vertrag, dessen Gegenstand die Übernahme der Bürgschaft ist, wird man unter die

[40]) Planck a. a. O. S. 821.

Dienstverträge zu rechnen haben, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, auf welche nach § 675 BGB. die Sätze über den Auftrag anzuwenden sind.[41]) Fehlt es an jeder Vereinbarung über die einzugehende Bürgschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen, so hat der Bürge zum mindesten die Rechte eines auftragslosen Geschäftsführers.

Leistet der Bürge für den Schuldner, so hat dieser Rechtsvorgang indessen ganz unabhängig von dem zwischen den beiden bestehenden besonderen Rechtsverhältnis eine der Bürgschaft charakteristische Folge: Die Forderung des Gläubigers geht nicht, wie wenn irgendein Dritter leistet, nach den Regeln des § 362 BGB. unter, sondern die Forderung geht mit allen Neben- und Vorzugsrechten auf den Bürgen über (§ 774 BGB.).

Man wird sich das so erklären müssen, daß der für den Schuldner leistende Bürge nicht den rechtsgeschäftlichen Willen, die Hauptschuld zu tilgen hat, sondern nur die Erfüllung seiner Verbindlichkeit will. Da es damit an einer übereinstimmenden Willenserklärung der Beteiligten, die Hauptschuld zu tilgen, fehlt, ist das diese umschließende Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen. Aus praktischen Gründen hat dann der Gesetzgeber dem Bürgen, der geleistet hat, statt der actio cedendarum actionum der Römer kraft Gesetzes die Gläubigerrechte übertragen.[42]) Der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, hat somit in der Regel gegen den Hauptschuldner zwei vollständig selbständige Klagegründe. Je nach den Umständen des Falles wird bald der eine, bald der andere für ihn vorteilhafter sein. Einen bezeichnenden Anwendungsfall behandelt die Entscheidung des Reichsgerichts v. 17. 10. 1904.[43])

4. Bürge und Gläubiger.

Da die Bürgschaft ihrer Natur nach einseitig verpflichtend ist, gibt sie dem Gläubiger Rechte, ohne ihm eine Gegenleistung aufzuerlegen. Die Entstehungsgeschichte des neuen Bürgschaftsrechts lehrt, daß auch in dieser Beziehung das Bestreben herrschte, nur durch den Zweck des Vertrages gebotene Sonderbestimmungen aufzustellen, grundsätzlich aber die Eigenarten des Bürgschaftsrechts möglichst zum Durchbruch gelangen zu lassen.[44]) Da die streng einseitig verpflichtende Natur der Bürgschaft eine solche Eigenart ist,[45]) so ist es unzutreffend, aus dem Wesen der Bürgschaft für den Gläubiger eine Pflicht zu irgendeiner Sorgfalt ab-

[41]) Ennecerus a. a. O. S. 1055; Staudinger a. a. O. S. 1266; Staub HGB. 8. Aufl. 1906/07 S. 1192.

[42]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 820.

[43]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 207 ff.

zuleiten. Markus[46]) will eine solche aus § 242 BGB. herleiten. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Bürge ja in keiner Beziehung Schuldner des Gläubigers ist.[47]) Etwas abweichend anscheinend Staudinger,[48]) unentschieden Crome.[49]) Crome meint nämlich, die von Planck gelehrte Einschränkung des Satzes von Treu und Glauben sei unrichtig, „das Prinzip führe weiter". Demgegenüber muß doch auf das Fehlen einer allgemeinen Bestimmung, etwa wie „der Gläubiger ist verpflichtet, bei Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verfahren", hingewiesen werden. Eine solche Regel kann doch wohl nicht in das Gesetz hineingelegt werden. Schranken setzen dem rücksichtslosen Gläubiger lediglich § 226 und gegenüber anderen als seinen Vertragsgegnern §§ 826, 823 BGB. Übrigens müßte das Schutzbedürfnis des Bürgen gegen den Gläubiger doch erst nachgewiesen werden. Uns scheint, als ob der Bürge, der jederzeit den Gläubiger befriedigen und dann gegen den Hauptschuldner vorgehen kann, oder beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 775 BGB., die sich überall da, wo der Bürge berechtigten Grund zu Befürchtungen hat, auch einstellen werden, vom Hauptschuldner Befreiung verlangen kann, gegen viele Möglichkeiten im Verhalten des Gläubigers geschützt ist. Einige Sonderbestimmungen, in denen aus dem Verhalten des Gläubigers Rechte, die ihm gegen Bürgen erwachsen, enthalten sind, werden wegen ihres Enderfolges, der Endigung der Bürgenhaftung, zweckmäßig bei dieser besprochen.

5. Ende der Bürgenhaftung.

Das Erlöschen der Bürgschaftsschuld steht unter den für alle Schuldverhältnisse geltenden Regeln. Jede Erfüllung der Bürgenverpflichtung seitens des Bürgen tilgt seine Bürgschaftsschuld. Aus der bereits mehrfach erörterten Abhängigkeit von der Hauptschuld ergibt sich, daß jeder Untergang der Hauptschuld auch den Bürgen befreit.

Dies gilt auch für den Fall, daß der Gegenstand der Hauptleistung untergegangen ist infolge eines vom Hauptschuldner nicht zu vertretenden Umstandes, wenn damit die Folge der Befreiung des Hauptschuldners verbunden ist. Die objektive und die subjektive Unmöglichkeit der Leistung befreit den Schuldner gemäß

---

[44]) Mot. Bd. 2 S. 681/82; Prot. Bd. 2 S. 478/79.
[45]) Enneccerus a. a. O. S. 1057.
[46]) Markus im Recht 1902 S. 456.
[47]) Planck a. a. O. S. 843; Dertmann a. a. O. S. 853.
[48]) Staudinger a. a. O. S. 1268.
[49]) Crome a. a. O. S. 889.

§§ 275—279 BGB. aber nur dann, wenn der Gegenstand der Leistung nicht nur der Gattung nach bestimmt ist. Eine Sonderbestimmung, die die Folgerung aus dem Untergang des Gegenstandes der Hauptleistung, die Befreiung auch des Bürgen dann ausschlösse, wenn der Bürge selbst die Unmöglichkeit verursacht hat, fehlt im geltenden Recht. Die Motive verweisen die Frage: „Ob der Bürge, der das Erlöschen der Hauptschuld herbeigeführt hat . . ., dem Gläubiger gegenüber seine aus dem Bürgschaftsvertrag entspringenden Pflichten verletzt hat und deshalb verantwortlich ist" der Wissenschaft zur Entscheidung. In der Folge hat sich ein lebhafter Streit in der Literatur über diese Frage entsponnen. Die herrschende Meinung[50]) beschränkt den Gläubiger in diesen Fällen nicht auf die ihm möglicherweise aus unerlaubter Handlung des Bürgen erwachsenden Ansprüche, sondern erhält ihn aus dem Bürgschaftsvertrag selbst alle seine Rechte, weil der Bürge nach Treu und Glauben zur sorgfältigen Vermeidung alles dessen verpflichtet sei, was der Erfüllung durch den Hauptschuldner, für die er aufzukommen hat, im Wege stehen könne.

Man muß sich klar werden darüber, daß diese Entscheidung im Widerspruch steht mit dem Grundsatz der Abhängigkeit von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld. Zerstört z. B. der Bürge fahrlässig die von dem Schuldner an den Gläubiger zu leistende Sache, so soll also nach der herrschenden Meinung die Bürgenhaftung fortbestehen, trotzdem eine Verpflichtung des Hauptschuldners nicht mehr besteht. Durchaus zutreffend widersetzt sich dieser Durchbrechung des Prinzips der Akzessorität Kisch in folgenden Ausführungen[50]): „Eine zufällige Unmöglichkeit liegt für den Hauptschuldner auch dann vor, wenn die Unmöglichkeit seiner Leistung von dem Bürgen zu vertreten ist. Der Bürge haftet dem Gläubiger nicht unmittelbar auf Grund des Bürgschaftsvertrages wegen der akzessorischen Natur der Bürgschaft, die in dem Moment, wo die Hauptschuld erlischt, jedenfalls auch erlischt. Der Gläubiger ist auf den Deliktsanspruch beschränkt". Gute Gründe gegen die herrschende Meinung bringt auch Westerkamp vor.[52]) Wir haben schon mehrfach auf die Einseitigkeit der Bürgenverpflichtung, darauf, daß nach Ansicht des Gesetz-

---

[50]) Enneccerus a. a. O. S. 1048; Dernburg a. a. O. S. 409; Oertmann a. a. O. S. 838; Planck a. a. O. S. 824; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 1086ff.; Schollmeyer, Komm. z. BGB. Bd. 2 S. 178; Crome a. a. O. S. 887.

[51]) Kisch, Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, S. 43 Anm 14.

[52]) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908, S. 97ff.

gebers offenbar die Unentgeltlichkeit der Übernahme der Bürgschaft Regel sei, hingewiesen. Das ist auch der Grund der zahlreichen Schutzvorschriften für den Bürgen. Geschickt weist nun Westerkamp darauf hin, daß bei dieser Grundauffassung des Gesetzgebers „bezweifelt werden muß, ob bei Beachtung des in den §§ 521, 599, 680, 690 BGB. enthaltenen gesetzgeberischen Gedankens die Haftung des Bürgen für jede Fahrlässigkeit bei unentgeltlicher Übernahme der Bürgschaft dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Auch nur scheinbar befriedigend löst die Frage Crome.[53]) Er sagt, der Bürgschaftsvertrag verpflichte den Bürgen aus § 276 BGB., jede Fahrlässigkeit zu vertreten und gegebenenfalls nach § 280 BGB. Schadensersatz zu leisten. Gerade auf Erhaltung der bürgschaftlichen Haftung ginge aber der nach Maßgabe des § 249 BGB. zu leistende Schadensersatz. Crome setzt eben auch das Fortbestehen der Bürgschaftsverpflichtung trotz des Untergangs der Hauptverbindlichkeit voraus.

Weil auch die Schutzbedürftigkeit des Gläubigers gegenüber dem Bürgen doch wohl erst nachgewiesen werden müßte, halten wir es für gewagt, in Durchbrechung des erwähnten Grundsatzes die Ausnahmebestimmung in das Gesetz hineinzulegen.

Weitere Endigungsgründe für die Bürgenhaftung sind die Fälle der Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person, wie sie insbesondere durch Erbgang eintreten können. Aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen darf indessen[54]) dadurch eine Benachteiligung des Gläubigers nicht eintreten; deshalb geht z. B. ein für die Erfüllung der Bürgschaftsschuld bestelltes Pfandrecht, wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbt, nicht unter.

Eine Vereinbarung, daß die Bürgschaft kündbar sein soll, ist nichts anderes als eine modifizierte Bürgschaftsübernahme auf bestimmte Zeit, deren Zulässigkeit in dem Wesen der Bürgschaft als Sicherungsmittel begründet ist. Den Parteien ist es deshalb unbenommen, auch die Kündbarkeit der Bürgschaft auszubedingen, andererseits besteht aber ohne eine solche Verabredung ein Recht des Bürgen auf Kündigung nicht. Ein solches ist auch entbehrlich, da der Sicherungszweck der Bürgschaft und die jederzeitige Erfüllbarkeit der Hauptschuld durch den Bürgen bei bereits bestehender Hauptschuld diesen jederzeit in die Lage versetzen, die Bürgenhaftung zu beendigen.

Die Bürgenhaftung auf Zeit hat vornehmlich den Zweck,

---

[53]) Crome S. 887.

[54]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 674 Note 2 und §§ 268 Abs. 3 Satz 2, 426 Abs. 2 Satz 2, 1067 Abs. 2 Satz 3, 1709 Abs. 2 Satz 2 BGB.

dem Hauptschuldner auf eine bestimmte Zeit Kredit zu verschaffen. Da mit dem Ablauf dieses Zeitraumes der Sicherungszweck erreicht, auch die Bürgschaftsschuld als solche erfüllt ist, würde grundsätzlich der Bürge durch Zeitablauf ohne weiteres frei. Aus praktischen Gründen hat sich jedoch der Gesetzgeber entschlossen, für den Fall, daß es sich um bestehende Verbindlichkeiten handelt, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, seine Rechte gegen den Bürgen über das vereinbarte Ende der Haftung hinaus zu erhalten. Wenn der Gläubiger unverzüglich nach Ablauf der bestimmten Zeit nach Maßgabe des § 772 BGB. die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme, sollen dem Gläubiger die Rechte gegen den Bürgen verbleiben, der Bürge weiter haften. Nur dieser Anzeige soll es bedürfen, wenn die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist. Dann soll sich der Umfang der Bürgenhaftung nach dem jeweiligen Umfang der Hauptschuld bei Beendigung des Verfahrens bezw. bei Ablauf der bestimmten Zeit richten (§ 777 BGB.).

Naturgemäß sind diese Bestimmungen über die Erweiterung der Rechte des Gläubigers nicht zwingenden Rechts, sondern haben nur als Auslegungsregeln zu gelten. Ginge der unzweideutig erklärte Wille der Parteien dahin, daß die Bürgenhaftung restlos mit dem Ablauf der bestimmten Zeit enden solle, so wird der Bürge alsbald frei.[55])

Die Praxis des früheren Rechts[56]) gab dem Bürgen, der sich erst für in Zukunft zu gewährenden Kredit verbürgt hat, aus Gründen der Billigkeit das Recht, die Bürgschaft für die Zukunft aufzukündigen. Wie sich Theorie und Praxis im geltenden Recht zu dieser Frage stellen, wird bei der Besprechung (s. unten S. 35) der Bürgschaft für zukünftige Schuld erörtert werden.

Einen besonderen Fall des Erlöschens der Bürgenhaftung bringt § 418 BGB. Infolge einer Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Pfandrechte und Bürgschaften. Die Bestimmung ist gerechtfertigt, denn der Bürge steht ein für die Person des Hauptschuldners, er legt naturgemäß ein entscheidendes Gewicht gerade auf die Person desselben. Ihm vertraut er, daß er durch ihn nicht zu Schaden kommen werde; da an sich sich die Bürgschaftsübernahme ohne Einwilligung des Bürgen

[55]) Staudinger a. a. O. S. 1270 Entsch. d. RG. v. 13. 7. 1903, abgedruckt in der JurW. Jahrg. 1903 Beil. 115.

[56]) Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 110.

vollziehen würde, würde sonst seine Lage ohne sein Zutun verschlechtert werden können.[57])

Aus ähnlichen Erwägungen ist wohl auch die Bestimmung des § 776 BGB. hervorgegangen: Der Gläubiger, der ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, Hypothek, Pfandrecht oder ein Recht gegen einen Mitbürgen, aufgibt, soll seine Rechte gegen die Bürgen insoweit verlieren, als dieser aus dem aufgegebenen Rechte gemäß § 774 BGB. hätte Ersatz erlangen können. Es ist dies die bereits oben angekündigte Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zu keiner besonderen Sorgfalt verpflichtet ist. Es wäre doch unbillig, wenn der Gläubiger die Rechtsstellung des Bürgen willkürlich verschlechtern könnte.

Eine Besonderheit dieses Endigungsgrundes der Haftung ist, daß auch, wenn das aufgegebene Recht erst nach Übergang der Bürgschaft begründet ist, die Aufgabe desselben gleichwohl die Befreiung des Bürgen zur Folge haben soll. Die Regelung entspricht dem Bestreben des Gesetzgebers, jede einmal eingetretene Erleichterung des Bürgen diesem zu erhalten.

6. Mehrheit von Bürgen.

§ 769 BGB. bestimmt: Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Der Rechtssatz ergibt sich nicht, wie Herms[58]) meint, deshalb aus allgemeinen Grundsätzen, weil Bürge und Hauptschuldner auch Gesamtschuldner seien (denn Bürge und Hauptschuldner schulden, wie wir bereits ausgeführt haben, nicht die gleiche Leistung), sondern weil die Bürgenverpflichtung, das „Einstehen" als solches eine unteilbare Leistung im Sinne des § 431 BGB., Gesamtschuldhaftung der Bürgen daher aus den gesetzgeberischen Gründen der genannten Bestimmung geboten erscheint.

Die Regel, daß Mitbürgen Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 421 ff. werden, gilt gleichviel, ob die Bürgen die Bürgschaft gemeinschaftlich oder gesondert übernommen haben, ja auch dann, wenn der eine von dem Eintreten des andern „nichts weiß, wenn die verschiedenen Bürgschaften zu verschiedenen Zeiten und unter den verschiedensten Umständen übernommen sind.[59])

Wenn von mehreren Bürgen sich jeder für einen gleichen Bruchteil der zu sichernden Forderung verbürgt, dürfte die Rechts-

[57]) Mot. a. a. O. S. 147; Prot. Bd. 1 a. a. O. S. 423/24.
[58]) Herms a. a. O. S. 19.
[59]) Mot. Bd. 2 S. 666 ff.

lage geradeso zu beurteilen sein, als wenn die Bürgschaften für ebensoviele Forderungen übernommen wären. Eine Mitbürgenschaft im Sinne des § 769 liegt nicht vor.[60])

Anders wird zu entscheiden sein, wenn von mehreren Bürgen z. B. der eine für die ganze Schuld, der andere für einen Bruchteil derselben gebürgt hat. Zum mindesten hinsichtlich des Bruchteils sind die Mitbürgen dann Gesamtschuldner. Ob es richtig ist, was Crome ohne jede Einschränkung sagt: „Der Betrag könne bei den einzelnen Mitbürgen verschieden sein", muß dagegen doch wohl bezweifelt werden.[61])

Untereinander haften Mitbürgen nur nach § 426 BGB., wie in § 774 BGB. vorgeschrieben ist.

An sich würde der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, da nach § 774 BGB. mit der Forderung auch alle damit verbundenen Nebenrechte auf ihn übergingen, jeden seiner Mitbürgen auf das Ganze belangen können. Die genannte Bestimmung beschränkt ihn darauf, jeden Mitbürgen auf den entsprechenden Bruchteil zu belangen, wenn nicht etwa eine anderweitige Ausgleichung unter den Parteien vereinbart ist. Da solche Vereinbarungen auch aus den Umständen zu entnehmen sind und somit oftmals als stillschweigend getroffen angesehen werden müssen, wird ein Streit darüber nicht selten den Richter beschäftigen.

---

[60]) Entsch. d. OLG. Braunschweig v. 16. 6. 1904, abgedruckt in Seufferts Arch. Bd. 61 Nr. 132; zustimmend Staudinger a. a. O. S. 1251.

[61]) Crome a. a. O. S. 872 Anm. 53.

Zweiter Abschnitt.

Arten der Bürgschaft.

1. Bürgschaft für zukünftige Schuld.

Ob allgemein Verträge, die das Bestehen eines Schuldverhältnisses zur Voraussetzung haben, schon in einem Zeitpunkt gültig geschlossen werden können, in dem dieses Schuldverhältnis selbst noch nicht zur Entstehung gelangt ist, war in der Wissenschaft lange Zeit hindurch streitig. Davon ausgehend, daß der Inhalt jedes Schuldverhältnisses nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei Vermeidung der Nichtigkeit in einem gewissen objektiven Maß bestimmt sein muß, hat man die Abtretbarkeit künftiger Forderungen dann bejaht, wenn zu diesen irgendwie in bindender Weise ein Grund gelegt ist, wenn auch zur rechtwirksamen Entstehung weitere Tatbestandsmomente hinzukommen müssen. Ohne eine solche Grundlage dürften des unbestimmten Inhalts wegen, z. B. Verfügungen über zukünftige Forderungen der Rechtswirksamkeit entbehren. Der häufige Zusatz in Anträgen auf Erlaß von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen „die angebliche Forderung aus gelieferten und zu liefernden Arbeiten sowie aus sonstigem Rechtsgrunde" für gepfändet und überwiesen zu erklären, muß deshalb wegen Unbestimmtheit der letzteren möglichen Forderungen folgerichtig stets zur teilweisen Abweisung des Antrags führen.

§ 765 Abs. 2 BGB. lautet: „Eine Bürgschaft kann auch für zukünftige und für eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden". Man wird sich fragen, ob in diesem Satz lediglich das ausgesprochen werden sollte, was nach der jetzt herrschenden Lehre sich auch aus allgemeinen Grundsätzen über Verträge ergibt oder ob weitergehend Bürgschaften gültig übernommen werden können, wo z. B. Abtretung, Pfändung usw. wegen Unbestimmtheit des zukünftigen Schuldverhältnisses als rechtsunwirksam erklärt werden würde.

Weder die Entstehungsgeschichte, noch die bisher bekannt gewordene Besprechung der Gesetzesbestimmung lassen erkennen, daß und aus welchen Gründen hier eine bewußte Ausnahme von dem

Satze, daß der Inhalt jedes Schuldverhältnisses ein bestimmter sein muß, gemacht werden soll. Zum mindesten Schuldner, Gläubiger und der zukünftige Rechtsgrund der zu sichernden Forderung muß deshalb doch wohl feststehen, wenn anders die für die zukünftige Forderung zu bestellende Bürgschaft gültig sein soll. Das meint auch Crome,[1]) der ein Bürgschaftsversprechen, für alle irgend wie in der Zukunft zwischen zwei Personen entstehenden Verbindlichkeiten haften zu wollen, deshalb für ungültig erklären will, weil niemand gültig im voraus über auch nur ein Bruchteil seines zukünftigen Vermögens verfügen könne (§ 310 BGB.). Nur scheinbar steht damit im Widerspruch eine in der Literatur[2]) bekannt gewordene und fürs neue Recht allgemein gebilligte Entscheidung des Reichsgerichts.[3]) Dort ist eine Bürgschaftserklärung, in der der Gläubiger nicht genannt ist, weil es bei Ausstellung des Scheines noch ungewiß war, wer dem Hauptschuldner das Darlehen geben werde, für rechtswirksam erklärt worden. Aber doch nur deshalb, weil mit der Aushändigung des Bürgschaftsscheines an den Darlehensgeber in diesem der Gläubiger gefunden war und, da die von uns geforderten Voraussetzungen naturgemäß für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten, bei Annahme des Bürgschaftsversprechens Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund der zu sichernden Forderungen feststanden.

Für die Bürgschaft für zukünftige Schuld gelten im übrigen keine besonderen Regeln. Über das Verhältnis der Vertragsparteien untereinander und zu dem Hauptschuldner gilt entsprechend das über die Bürgschaft Ausgeführte. Einzelheiten sind indessen zu besprechen.

Wenn z. B. die Bürgschaft für zukünftige Schuld auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt werden soll, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß der Bürge für alle in diesem Zeitraum entstandenen Verbindlichkeiten, dafür aber ohne jede zeitliche Grenze haften wollte.[4])

Ob und unter welchen Voraussetzungen der Bürge berechtigt sein soll, eine für eine zukünftige Schuld übernommene Bürgschaft zu kündigen, soll nach den Motiven nach Lage des einzelnen Falles durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages entschieden werden.[5])

---

[1]) Crome a. a. O. S. 870 Anm. 24.

[2]) Staudinger a. a. O. S. 1239.

[3]) Entsch d. RG. Bd. 11 S. 248 ff.

[4]) Mot. Bd 2 a. a. O. S. 681; Prot. a. a. O. Bd. 2 S. 485; Windscheid-Kipp a. a. O. Pand. Bd. 2 S. 1104; Fischer-Henle Note 1 zu § 765. Aus der Rechtsprechung: Urt. d. RG. v. 1. 3. 1906, Entsch Bd. 63 S. 11; Urt. d. OLG. Dresden v. 27. 5. 1902, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 450.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 682.

Wenn nun aber aus dem Vertrage selbst sich nichts über das gewollte Ende des Verhältnisses ergibt? Staudinger[6]) scheint in diesem Fall grundsätzlich die unbegrenzte Fortdauer des Vertragsverhältnisses anzunehmen, denn er will dem Bürgen unter gewissen Voraussetzungen ein Kündigungsrecht aus Billigkeitsgründen nicht versagen, weil ja nach § 610 BGB. auch ein Darlehensversprechen widerrufen werden kann, wenn im Vermögensverhältnisse des zukünftigen Empfängers so wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, daß der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird.

Auch ohne diesen Analogieschluß geben namhafte Schriftsteller im Anschluß an die bereits schon oben erwähnte Rechtsprechung der früheren Praxis bei auf unbestimmte Zeit übernommener Bürgschaft für zukünftige Schuld allgemein dem Bürgen das Recht, nach einer den Umständen nach angemessenen Frist zu kündigen.[7])

Daß, wer eine solche Kreditbürgschaft eingegangen ist, nur beim Vorliegen besonderer Umstände, die ihm einen Anspruch auf Befreiung gegen den Hauptschuldner geben, nur bei gutem Willen des Gläubigers von der Bürgschaft wieder frei werden könnte, im übrigen aber auf alle Zeit gebunden sein soll, erscheint allerdings in hohem Grade unbillig; insbesondere, wenn man bedenkt, daß die Bürgschaft als solche auch auf die Erben übergeht. Indessen erscheint es uns doch gewagt, ohne jegliche Anhaltspunkte im Gesetz zum Schutze des Bürgen diesem ein Kündigungsrecht zu gewähren.

Eccius[8]) will dem Bürgen auf eigene Art helfen. Er meint, solange die zukünftige Begründung der Hauptschuld von dem freien Willen dessen abhänge, dem das Bürgschaftsversprechen gegeben sei, läge auch gegen den Bürgen kein Forderungsrecht irgendwelcher Art, auch nicht etwa eine aufschiebend bedingte Bürgschaft vor; lediglich eine der Voraussetzungen sei gegeben für das Erwachsen der Bürgenverpflichtung, es fehle die zweite selbständige Voraussetzung, das zu sichernde Schuldverhältnis. Deshalb gebe das Bürgschaftsversprechen dem Gläubiger die Berechtigung, die Hauptschuld zu begründen; vorher könne der Bürge diese Ermächtigung jederzeit widerrufen. Im Grunde hinge es damit stets von der Rechtspflicht des Gläubigers, Kredit zu gewähren, ab, ob auch der Bürge forthafte. Das Ergebnis ist dem Bürgen

---

[6]) Staudinger a. a. O. S. 1270.

[7]) Oertmann a. a. O. S. 835; Goldmann und Lilienthal a. a. O. S. 823; Dernburg a. a. O. S. 409.

[8]) Eccius, Verbürgung für eine zukünftige Schuld und Kreditmandat in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 55 ff.

allerdings günstig. Wir glauben indessen, Eccius nicht folgen zu können. Wir haben oben gesagt, daß wenn Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund der zu sichernden zukünftigen Schuld bekannt ist, eine darüber abgeschlossene Bürgschaft rechtswirksam ist aus allgemeinen Grundsätzen wie aus der positiven Vorschrift des § 765 Abs. 2 BGB. Wir müssen daran festhalten; sonst würde auch eine gültige Bürgschaft für zukünftige Schuld äußerst selten sein. Die Frage wird bei der Besprechung des Kreditauftrages (S. 43 unten) auch von einer anderen Seite beleuchtet werden.

Vielleicht gibt es aber doch noch einen anderen Ausweg, dem Bürgen in besonders harten Fällen zu helfen. Müller-Erzbach[9]) weist bei Besprechung der positiven Vertragsverletzungen bei sukzessiven Lieferungsgeschäften, die Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahren lebhaft beschäftigt haben, darauf hin, daß diese Lieferungsgeschäfte als Dauergeschäfte eigenartige Erscheinungen des Rechtslebens seien, die in mehrfacher Beziehung auf eine Linie mit der großen Gruppe der Verträge zu stellen seien, die ein festes, dauerndes Rechtsverhältnis nach sich ziehen, wie Miete, Pacht, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag. Mit diesen Geschäften unterläge deshalb auch der Sukzessivlieferungsvertrag „in wohlbegründeter Rechtsanalogie" der Kündigung, ohne daß es einer Kündigungsfrist bedürfe. Beim Vorliegen wichtiger Gründe nämlich wären diese Verträge wie alle Dienstverträge gemäß § 626 BGB. kündbar. Auch die Kreditbürgschaft erscheint gerade in den Fällen, in denen sich aus dem Bürgschaftsvertrag eine zeitliche oder sachliche Begrenzung nicht ergibt, als ein solches auf längere Dauer berechnetes Geschäft. Wenn schon einmal zum Schutze des Bürgen Analogieschlüsse zulässig sein sollen, so würden wir einen solchen mit Anwendung des § 626 BGB. demjenigen aus § 610 BGB. vorziehen. Übrigens werden die Ausführungen von Müller-Erzbach, von Staudinger und besonders von Dernburg ausdrücklich gebilligt.[10])

2. Selbstschuldnerische Bürgschaft.

Wir haben oben nachgewiesen, daß die Bürgenverpflichtung durchaus eigner Art ist, daß der Bürge nicht ein zweiter Schuldner des Gläubigers, daß Bürge und Hauptschuldner nicht Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. sind. Wir begegnen trotzdem nach dem Vorgange des Gesetzestextes in der Literatur und

[9]) Müller-Erzbach, DJZ. Jahrg. 1904 S. 1161.

[10]) Dernburg Bd. 2 S. 47 Text und Anm. 6; Staudinger Bd. 2 S. 203.

Rechtsprechung überall einer „selbstschuldnerischen Bürgschaft". Nach unserer Auffassung kann es aber einen „selbstschuldnerischen" Bürgen im Wortsinne nicht geben. Bürge sein und Selbstschuldner sein, ist etwas durchaus Verschiedenes. Wer eine Leistung selbst schuldet, kann nicht gleichzeitig Bürge für die Erfüllung dieser Leistung sein. Wer lediglich für die Erfüllung einstehen will, kann nicht daneben die Erfüllung selbst schulden wollen. Die Römer kannten diesen Unterschied ganz gut. Das „Constitutum" war die Begründung einer Leistungspflicht, die „Fideijussio" die Begründung der Pflicht, für die Erfüllung einer Leistung einzustehen.

Mit Unrecht sagt Oertmann,[11]) es sei nicht anzunehmen, daß das Leben zwischen den feinen Nuancen: Verpflichtung für eine fremde Schuld einzustehen, und Verpflichtung, sie zu zahlen, einen Unterschied machen werde. Das sind eben keine feinen Nuancen, sondern grundsätzliche Verschiedenheiten.

Die Mehrzahl aller Schriftsteller dagegen spricht von einer „selbstschuldnerischen" Bürgschaft, als ob das ein feststehender Begriff sei, als ob Bürge und gleichzeitig Selbstschuldner zu sein, etwas durchaus Mögliches und Gewöhnliches sei. Auffallenderweise ziehen dieselben Schriftsteller aber keinerlei Folgen daraus; im Gegenteil, wo dieselben darauf zu sprechen kommen, wie sich die Selbstschuldnereigenschaft des Bürgen äußert, sagen sie, wie z. B. Oertmann[12]): „Der überaus häufige Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft sei juristisch nichts anderes als eine gewöhnliche Bürgschaft unter Wahrung ihres akzessorischen Charakters, bei der nur die Einrede der Vorausklage wegbedungen sei, oder betonen, wie dies Staudinger[13]) tut, daß durch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage der Bürge nicht Gesamtschuldner und die akzessorische Natur der Bürgschaft nicht beseitigt werde.[14]) Daß in der Verbindung „selbstschuldnerische" Bürgschaft dem „Bürgen" die ausschlaggebende Bedeutung beizumessen ist, hat schon Helmolt[15]) richtig hervorgehoben, seine Ausführungen mögen hier im Wortlaut wiedergegeben werden:

> Wenn jemand erklärt: „ich hafte als Bürge und ‚Selbstschuldner'", so ist dabei offenbar sein Wille (man kann wohl sagen, der allgemeine Verkehrswille), daß er

---

[11]) Oertmann a. a. O. S. 833.
[12]) Oertmann a. a. O. S. 847.
[13]) Staudinger a. a. O. S. 1259.
[14]) Staudinger a. a. O. S 1259; Goldmann u. Lilienthal a. a. O. S. 819; Planck a. a. O. S. 836; aus der Rechtsprechung Urteil des RG. v. 31. 1. 1907, Entsch. Bd. 65 S. 139.
[15]) Helmolt, Die Korrealobligation S. 222 Anm. 22.

für einen andern (den Hauptschuldner) einstehen will. Er wird also nicht proprio nomine, sondern nur alieno nomine die betreffende Schuld übernehmen; er ist nicht Hauptschuldner sondern Nebenschuldner. Dieser Gesichtspunkt der Bürgschaft muß daher der hauptsächliche, er muß der sein, welcher die Richtung angibt zur juristischen Beurteilung des ganzen Verhältnisses. Deshalb wird in solchen Fällen auch der Ausdruck Bürge voran und an die Spitze gestellt. Der Zusatz, als ‚Selbstschuldner', soll und kann nun im Zweifel nicht die Bedeutung haben, daß der Bürge proprio nomine haften wolle, er soll und kann aber auch nicht ganz bedeutungslos sein. Es ist nichts als ein durch Unklarheit der Schuldurkunden abfassenden Beamten und Notare nach und nach eingebürgerter, jedoch durchaus ungeeigneter Ausdruck für die Verzichtleistung auf den Einwand der Vorausklage".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat also lediglich der Verkehrsgewöhnung Rechnung getragen, wenn es die Verbürgung als „Selbstschuldner" als Ausdruck des Verzichtwillens auf die Einrede der Vorausklage aufgenommen hat. Es ist eben zu unterscheiden zwischen dem „Selbstschuldner sein" und dem sich als „Selbstschuldner verbürgen". Das neue Recht hat diese Unterschiede sicher nicht beseitigen wollen. Mit Recht entnimmt Westerkamp[16]) dies auch schon aus der Fassung des § 773 BGB. Eine Einrede der Vorausklage ist bei dem Selbstschuldner schon begrifflich völlig ausgeschlossen, unnötig wäre deshalb die Auslegungsregel des § 773 BGB., wenn nicht der Gesetzgeber in dem Verbürgen den Tatbestand gesehen wissen wollte, auf dessen Grundlage überhaupt erst von der Einrede der Vorausklage die Rede sein kann.

Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der irreführende Ausdruck „selbstschuldnerische Bürgschaft" in Literatur und Rechtsprechung möglichst wenig gebraucht würde. Das tatsächlich die Gebräuchlichkeit des Ausdrucks schon irreführend gewirkt hat, zeigen die ersten Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen der Schuldbeitritt behandelt wird (vgl. unten S. 58).

3. Schadlos- oder Ausfallsbürgschaft.

Unter diesem Namen wird eine Bürgschaft verstanden, die den Ausfall, den der Gläubiger bei dem Hauptschuldner erleidet, zum Gegenstand hat, „die fideijussio indemnitatis" der Römer.

[16]) Westerkamp a. a. O. S. 305.

Planck meint,[17]) der Vertrag sei nichts anderes als eine gewöhnliche Bürgschaft, bei der die Einrede der Vorausklage nicht auf dem Gesetz, sondern auf Parteivereinbarung beruhe, weshalb abweichend von dem Regelfalle der Gläubiger, der den Bürgen belangt, zu beweisen habe, daß der Ausfall eingetreten sei. Im übrigen richte es sich nach den Umständen, ob und inwieweit die in dem Vertrag gegebene Einrede weiter reiche als die gesetzliche. Für die Regel, meint Planck, liegt in der Schadlosbürgschaft eine vertragsmäßige Erweiterung der Einrede der Vorausklage. Wir glauben, im Gegensatz zu Planck, daß nicht die Rechte des Schadlosbürgen erweitert sind, sondern daß dieser überhaupt nur zum Einstehen für den ausfallenden Betrag, also bedingt, verpflichtet ist. Im Ergebnis stimmen wir allerdings mit Planck überein: Es ist richtig, daß der Gläubiger den Ausfall zu beweisen hat, weil die zu sichernde Forderung eine aufschiebend bedingte ist. Daß die gesetzte Bedingung, der Ausfall, zur Tatsache geworden ist, muß der Gläubiger, der sich darauf beruft, beweisen,[18]) Cosack[19]) nennt unsere Bürgschaftsart, Schadensbürgschaft und meint, der Vertrag sei gar keine eigentliche Bürgschaft, sondern ein Garantievertrag, da nur der Ausfall und keine zu sichernde Forderung zum Gegenstand der Verpflichtung gemacht sei. Nur anscheinend stimmt dem eine neuere Entscheidung des höchsten Gerichtshofes v. 24. 9. 1906 zu.[20]) Denn wie sich aus dem Inhalt der Entscheidung ergibt, will der Gerichtshof die Schadensbürgschaft begrifflich von der Schadlos- oder Ausfallsbürgschaft unterscheiden, entgegen Dernburg,[21]) der die Beziehungen als gleichbedeutend wahlweise verwendet.

Im Gegensatz zu Cosack ist aber überall da eine wahre Bürgschaft anzunehmen, wo zwar ein Ausfall, aber ein Ausfall an einer bestimmten rechtswirksamen Forderung dem Gläubiger gesichert wird. Dies ist stets der Fall, wenn für den Ausfall eingestanden wird, den der Gläubiger bei einem bestimmten Schuldner erleidet. Die gesicherte Forderung besteht doch, selbst wenn der Gläubiger mit ihr in der Zwangsvollstreckung oder im Konkurs ausgefallen ist, als solche rechtsgültig fort; daß sie sich wirtschaftlich als wertlos erwiesen hat, kann ihren rechtlichen Bestand doch nicht beeinflussen. Cosacks Vertrag ist eben der reine

---

[17]) Planck a. a. O. S. 837.
[18]) Oertmann a. a. O. S. 834; Enneccerus a. a. O. S. 1046; Geib, Zur Dogmatik des römisch. Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894, S. 18.
[19]) Cosack a. a. O. Bd. 1 § 158 VII Ziff. 2.
[20]) Entsch. d. RG., abgedr. in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 595.
[21]) Dernburg Bd. 2, 2 S. 403.

Garantievertrag, der unten zu besprechen ist. Über den Unterschied, wie hier, auch Dernburg und Crome.[22])

Besondere Bestimmungen über die Schadlosbürgschaft gibt das Gesetz nicht. Man hat auch solche bei der Beratung des Gesetzes nicht für nötig erachtet.[23]) Sofern daher nicht besondere und nicht etwa dem Bürgschaftscharakter widersprechende Abmachungen getroffen sind, die die Rechtslage natürlich überhaupt verändern würden, gelten die Bestimmungen der §§ 765 ff. BGB. Dies gilt vor allem da, wo die Schadlosbürgschaft eine wahre Bürgschaft ist, für das Erfordernis der Schriftform der Verpflichtungserklärung.[24])

Im einzelnen mag nur hervorgehoben werden, daß der Schadlosbürge selbstverständlich nicht vor dem Eintritt der Bedingung des Ausfalls und daher keinesfalls vor Beendigung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners belangt werden kann.[25])

4. Rückbürgschaft.

Eine weitere Art der Bürgschaft ist unter dem Namen Rückbürgschaft in Theorie und Praxis allgemein bekannt. Es ist dies eine Bürgschaft für eine eventuelle Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Gesichert wird in diesem Fall die aufschiebende Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner aus Auftrag oder aus § 774 BGB. Für den Rückbürgen ist also der Bürge der durch die Rückbürgschaft zu sichernde Gläubiger. Der Rückbürge steht also dem Hauptbürgen für die Erfüllung der diesem zustehenden Regreßforderung so ein, wie der Hauptbürge dem Gläubiger der durch die Hauptbürgschaft gesicherten Forderung für deren Erfüllung einsteht. Der Rückbürge hat also auch die gleichen Rechtswohltaten wie der Hauptbürge, wie z. B. die Einrede der Vorausklage. Er hat aber auch gegen den Bürgen die gleichen Rechte auf Befreiung, die den Bürgen gegen den Gläubiger oder gegen den Hauptverpflichteten zukommen.[26]) Auch hier reichen die allgemeinen Vorschriften des Bürgschaftsrechts aus.[27])

Daß aus diesem Grunde auch die Erklärung, sich als Rückbürge verpflichten zu wollen, auf Grund des § 766 BGB. schrift-

[22]) Dernburg a. a. O. S. 403; Crome a. a. O. S. 871 Anm. 27.
[23]) Mot. Bd 2 S. 672.
[24]) Außer den obengenannten auch Planck Bd. 2 S. 82; Endemann, Lehrb. d. bürgerl R. 9. Aufl., Berlin 1903, Bd. 1 § 190; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts 9. Aufl, bearb. von Th. Kipp, Frankfurt a. M. 1906, Bd. 2 S 1093 Anm 1; aus der Rechtsprechung: Urteil des RG. v. 12. 4. 1905, abgedr. im Recht 1905 S. 528.
[25]) Schollmeyer a. a O. S. 178; Fischer-Henle Note 1 zu § 765.
[26]) Dernburg a. a. O. S. 407.
[27]) Mot. Bd. 2 a. a. O. S. 272—276.

lich sein muß, ist mehrfach entschieden worden.[28]) Staudinger[29]) meint, darauf hinweisen zu müssen, daß der § 769 BGB. — daß mehrere Mitbürgen als Gesamtschuldner haften — auch für die Rückbürgschaft gelte.

Selbstverständlich ist das doch wohl bei mehreren Rückbürgen. Sollte Staudinger aber damit sagen wollen, daß Bürge und Rückbürge in ein Gesamtschuldverhältnis treten müßten, so muß das doch wohl bezweifelt werden. Berechtigt ist aus der Rückbürgschaft der Erstbürge, aus der Erstbürgschaft der Gläubiger. Davon, daß zwei Schuldner einem Gläubiger eine Leistung schulden, ist also nicht die Rede.

Bei der oben besprochenen Schadlosbürgschaft hingegen dürften der Anwendung des § 769 Bedenken kaum entgegenstehen, da die in jenem Falle sich ergebende Tatsache, daß bei einer Gesamtschuld der eine Gesamtschuldner bedingt, der andere unbedingt haftet, dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses nicht widerstreitet.

5. Nachbürgschaft.

Schließlich gibt es als weitere Art der Bürgschaft noch die sogen. Nach-, Über- oder Afterbürgschaft. Es ist die Übernahme der Bürgschaft dafür, daß der Bürge die ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Verpflichtungen erfüllen werde. Auch ihrer hat man bei der Beratung des Gesetzes gedacht, besondere Bestimmungen aber für überflüssig gehalten.[30])

Über Form der Verpflichtung, Umfang und Rechte der Pflichten der Nachbürgen gelten also die allgemeinen Bestimmungen.[31]) Bemerkt mag werden, daß dem Nachbürgen sinngemäß die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, wenn sie beim Hauptbürgen ausgeschlossen ist. Indessen wird ein Verzicht des Hauptbürgen nach Eintritt des Nachbürgen dessen Rechte doch wohl nicht schmälern können.[32]) Westerkamp[33]) will dies anscheinend auch dann annehmen, wenn der Ausschluß der Einrede auf einen Verzicht des Hauptbürgen vor Eintritt des Nachbürgen beruht. Wir möchten dem zustimmen für alle Fälle, in denen außer der Kenntnis des Nachbürgen von dem Verzicht des Hauptbürgen nicht ausdrücklich

---

[28]) Entsch. d. RG. v. 12. 10. 1905 Bd. 61 S. 347; Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 100.

[29]) Staudinger a. a. O. S. 1252.

[30]) Mot. Bd. 2 a. a. O. S. 672.

[31]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 793, 3; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 1102; Urteil d. OLG. Karlsruhe v. 5. 7. 1905, Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 100.

[32]) Planck a. a. O. S. 821; Staudinger a. a. O. S. 1251 u. 1256.

[33]) Westerkamp a. a. O. S. 126.

auch der Verzichtwille des Nachbürgen aus den Umständen erhellt. Doch ist das Gegenteil gegenwärtig herrschende Meinung.[34]) Da, um zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen, man sich aber „den Bürgen als Hauptschuldner denken muß", wie dies auch Oertmann vorschlägt, ist die herrschende Ansicht doch wohl kaum ausreichend begründet. Es wird dabei überhaupt auf die Auslegung der Parteiabsicht ankommen, über die sich Regeln kaum aufstellen lassen werden.

Ist nichts anderes bestimmt, so hat der Nachbürge alle Einreden aus seiner eigenen Verpflichtung, dann diejenigen des Hauptschuldners und die des andern Bürgen.[35])

6. Kreditauftrag.

Schon die ältesten Rechte kannten neben der gewöhnlichen Verbürgung als Abart derselben den Kreditauftrag. Der augenfälligste Unterschied liegt bei beiden Vertragstypen in der Verschiedenheit der Personen, von denen der Anstoß zu der Rechtsgestaltung regelmäßig ausgeht.

Während der Bürge zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages wohl selten die Anregung geben, auf die Entstehung der Hauptverbindlichkeit aber wohl niemals einwirken wird, ist dies anders beim Kreditauftrag, wo der später aus diesem Haftende die Begründung der zu sichernden Forderung selbst hervorruft.

Der Kreditauftrag hat in früheren Rechten wechselvolle Schicksale gehabt. Bald als wahre Bürgschaft, bald die Abart des Auftrages betrachtet, sind sowohl die Regeln des einen wie des andern Rechtsinstituts für anwendbar erklärt worden. Streitfragen waren deshalb nicht zu vermeiden. Um einer „unausbleiblichen schädlichen Rechtsunsicherheit" zu begegnen, hat man sich bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Erlaß dispositiver Rechtsnormen über den Kreditauftrag entschlossen.[36])

Nach dem Wortsinn ist der Kreditauftrag ein Auftrag, zu kreditieren, jemanden zum Schuldner anzunehmen, wobei als Rechtsfolge gedacht ist, daß der Auftraggeber für die etwaigen nachteiligen Folgen des Ersuchens einzustehen hat.

Man kann also zwei Stadien bei dem Kreditauftrag unterscheiden; das Stadium des Kreditersuchens und das Stadium der Folgeerscheinungen des Kreditersuchens, des Einstehens. Im geltenden Recht ist die Grenze der beiden Stadien, entgegen der Regelung im 1. Entw., wo die Annahme des Auftrages dieselbe

[34]) Oertmann a. a. O. Bd. 2 S. 874.
[35]) Oertmann a. a. O. S. 842.
[36]) Mot. a. a. O. S. 683.

bilden soll, dahin festgestellt, daß die Tatsache der Gewährung des Kredits die für das zweite Stadium bestimmte Wirkung auslöst. Das ergibt der Wortlaut des § 778 BGB.: „Wer einen anderen beauftragt, im eignen Namen und auf eigne Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

Anlangend das erste Stadium des Vertrages ist hervorzuheben, daß es sich nicht um einen Auftrag im eigentlichen Sinne handelt, insbesondere nicht um einen Auftrag im engeren Sinne. Daß jemand beauftragt wird, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu handeln, widerspricht auch, wie die Motive hervorheben,[37]) dem Begriffe des gewöhnlichen Auftrages, „welcher in Beziehung auf den Mandatar ein negotium alienum erheischt". Gleichwohl haben für das erste Stadium, also vor erfolgter Kreditgewährung, Auftragsgrundsätze Anwendung zu finden, weil immerhin trotz des vom Inhalt des gewöhnlichen Auftrages abweichenden Inhaltes ein Auftrag im weiteren Sinne, nämlich ein Ersuchen um rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Betätigung, vorliegt.[38])

Aber doch nur, wenn der Auftrag vom Kreditgeber angenommen, derselbe die sich aus dem Auftrag ergebenden Pflichten übernommen hat, können die Auftragssätze der §§ 662 ff. BGB. Anwendung finden. Vor Annahme des Auftrags liegt eben ein Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vor. So die herrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung.[39]) Darum hat Eccius recht, wenn er sagt, dieser „Auftrag" sei frei widerruflich, solange er nicht angenommen sei.[40]) Dieser Auftrag ist unter Umständen sogar nichts anderes, als ein Vertragsangebot, das nach allgemeinen Regeln zu beurteilen ist, das dann sogar, bei nicht rechtzeitiger Annahme, gemäß § 147 BGB. von selbst erlischt.

Natürlich kann auch der auf dem Wege der Auslegung zu ermittelnde Wille der Parteien ein anderes bestimmen; jedenfalls liegt aber dann weder Kreditauftrag noch Bürgschaft vor. Vielleicht wird manchmal ein Garantievertrag anzunehmen sein.[41]) Eccius geht aber zu weit, wenn er behauptet, auch der an-

---

[37]) Mot. Bd. 2 S. 683.

[38]) Planck a. a. O. S. 847.

[39]) Staub a. a. O. Anm. 53 zu § 349; Planck S. 846; Staudinger S. 1271; ausdrücklich überzeugend Labes in der DJZ. 1903 S. 172/73; ferner Entsch. d. RG. v. 5. 11. 1903, Entsch. Bd. 56 S. 130 ff.

[40]) Eccius a. a. O.; Bürgschaft und Kreditmandat, in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 55 ff.

[41]) Staudinger a. a. O. S. 1272; Oertmann S. 855.

genommene Auftrag, in eigener Angelegenheit zu handeln, mangele überhaupt der Rechtsfolge, so wie die Bitte, einem Dritten etwas abzukaufen. Wie sollte dann aber eine Verpflichtung, z. B. einem Dritten etwas abzukaufen, die nur den zukünftigen Käufer verpflichten soll, überhaupt gültig übernommen werden können? Eccius meint allerdings, wenn dem Dritten aus dem Vertrag selbst ein Anspruch erwachsen sollte, dann sei zwar auch der Käufer gebunden. Er folgert weiter in unserem Falle, wenn der zukünftige Kreditgeber unwiderruflich gebunden sein sollte, so läge eben nichts anderes als eine Bürgschaft für eine zukünftige Schuld vor. Es sei dann aber auch Schriftform erforderlich.[42]) Daß aber trotz des angenommenen Auftrages der Kreditgeber vor der Gewährung eben in der Regel nicht unwiderruflich gebunden ist, mag hier schon vorweg genommen werden. Eccius kann sich allerdings auch auf die Motive[43]) berufen, worin gesagt ist, daß „derjenige, welchem die Garantie für die Kreditbewilligung geleistet wird, dem Garanten gegenüber keineswegs immer sich zu Kreditbewilligungen verpflichtet". Die Motive wollen aber den Standpunkt des Entwurfs begründen, nach dem mit der Annahme des Antrages die Bürgenhaftung beginnen sollte, während nach der zum geltenden Recht gewordenen Bestimmung diese Rechtsfolge lediglich an die Tatsache der Kreditgewährung geknüpft wird. Daß die Annahme des Auftrages darum ohne Rechtswirkung sein sollte, ist deshalb nicht anzunehmen. Wir entscheiden uns darum mit der Mehrzahl der Schriftsteller und auch mit dem Reichsgericht dahin,[44]) daß wenn derjenige, dem das Versprechen für den zu gewährenden Kredit einzustehen gemacht ist, den Auftrag angenommen hat, also sich zur Kreditgewährung verpflichtet hat, das Verhältnis der Beteiligten nach den Grundsätzen über den Auftrag zu behandeln ist. Nach dieser kann aber, wie schon gesagt, der Beauftragte nach Maßgabe des § 671 BGB. vor Gewährung des Kredits kündigen, der Auftraggeber widerrufen, und das alles ohne besondere Voraussetzungen. Ja, selbst wenn der Beauftragte auf das Kündigungsrecht verzichtet hatte, soll es ihm dann trotzdem zustehen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 671 Abs. 3 BGB.). Ein solcher wird natürlich immer in einer Vermögensverschlechterung der Beteiligten zu erblicken sein.[45]) Da der Kreditauftrag eine

---

[42]) Zustimmend Enneccerus und Goldmann-Lilienthal: Enneccerus a. a. O. S 1071; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 813.

[43]) Mot. a. a O. S. 684.

[44]) Planck a. a. O. S 847; Staudinger S. 1279; Crome S. 882; Dernburg a. a. O. S. 410; Staub Anm. 53 zu § 349; Entsch. d. RG. Bd. 56 S. 137 ff.

[45]) Crome a. a. O. S. 892; Staudinger a. a. O. S. 1271.

Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, ist auch der entgeltliche, z. B. gegen Provision abgeschlossene Kreditauftrag nach § 675 BGB. wie der unentgeltliche zu behandeln. Planck[46]) meint mit Weidemann, die Erhaltung des Widerrufs und des Kündigungsrechts entspräche in diesem Falle dem Willen der Parteien beim Abschluß des Kreditauftrags. Allerdings wird vielfach dann, wenn beim Kreditauftrag über eine bestimmte Zeitdauer des Kreditierens nichts ausgemacht ist, ein fristloses Kündigungsrecht angenommen werden müssen, wie denn auch in § 675 BGB. einer solchen Abmachung gedacht wird.

Übrigens könnte man auch mit Enneccerus[47]) mit Hilfe eines Analogieschlusses aus § 610 BGB. in den Fällen, in denen eine wesentliche Vermögensverschlechterung des Kreditnehmers eingetreten ist, der den Anspruch auf Rückzahlung gefährdet, oder wenn in den Verhältnissen des Auftraggebers eine solche Verschlechterung eingetreten ist, ein Widerrufs- bezw. Kündigungsrecht für den Betroffenen herleiten. Der angenommene Auftrag auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung, einem Dritten Kredit zu gewähren, hat im übrigen vor Ausführung des Auftrags für den Auftragenden nach dem geltenden Recht keine besonderen Rechtsfolgen. Darum kann ein Formerfordernis für das Geschäft ebensowenig wie für einen Auftrag aufgestellt werden. Insbesondere bewirkt die Tatsache, daß später an die Ausführung des Auftrages kraft Gesetzes eine Bürgenhaftung sich anknüpft, nicht für den Kreditauftrag die Schriftform der Bürgenverpflichtung gefordert werden könnte. Das ist in der Literatur und Praxis fast einmütig anerkannt.[48])

Im übrigen gelten für das Verhältnis vor Ausführung des Auftrages die Regeln über den Auftrag, soweit sie nicht sinnwidrig wirken würden.

Das letztere gilt von § 669 BGB., wonach der Beauftragte in der Regel einen Anspruch auf Vorschußleistung hat. Da der Beauftragte später doch aus eigenen Mitteln und auf eigene Rechnung kreditieren muß, also die späteren Aufwendungen doch aus eigenen Mitteln zu bestreiten hat, wäre eine Vorschußpflicht nicht gerechtfertigt.

---

[46]) Planck a. a. O. S. 847; Weidemann, Der Kreditauftrag, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd 53 S. 454

[47]) Enneccerus a a. O. S. 1060.

[48]) U. a. Planck a a. O. S 847; Oertmann a. a. O. S. 856; Neumann Bd. 1 S 505 Note I; Kuhlenbeck Note I; Staub S 1197 Anm. 53 zu § 379; Endemann Bd I § 190 Anm. 12; Schollmeyer S. 170 und das eingehend begründete Urteil d. RG v. 31. 1. 1902, Bd. 50 S. 160 ff.

Im übrigen haften beim Kreditauftrag beide Vertragsteile einander für Vorsatz und Fahrlässigkeit.[49])

Erfüllt nun der Beauftragte seine sich aus der Annahme des Auftrags ergebende Verpflichtung, gewährt er dem Dritten Kredit, so daß dieser sein Schuldner wird, so tritt mit dieser Tatsache kraft Gesetzes die Folge ein, daß der Auftraggeber dem Beauftragten und nunmehrigen Gläubiger als Bürge haftet (§ 778 BGB.). Die Pflichten des Auftraggebers bemessen sich dann nach § 765 ff. BGB., der Beauftragte wird Gläubiger, der Auftraggeber Bürge, der Dritte Hauptschuldner. Da der Auftraggeber als „Bürge" haftet, wird man ihm auch die Rechte des Bürgen im vollen Umfange zubilligen müssen, wie z. B. die Einrede der Vorausklage. Es wird aber auch anzunehmen sein, daß auf den befriedigenden Auftraggeber die Forderung des beauftragten Gläubigers gemäß § 774 BGB. übergeht. Die Meinungen sind geteilt, die Mehrzahl der Schriftsteller, wie Planck, Crome, Dernburg, Staudinger, sind dafür, unentschieden spricht sich Oertmann aus, gegenteiliger Ansicht ist, indessen ohne durchschlagende Gründe, mit Cosack, Herms.[50])

Gelangt die Verbindlichkeit des Dritten nicht zur Entstehung, weil dieser den Kredit, was ja in seinem freien Willen liegt, nicht in Anspruch nimmt, oder ist das zwischen dem Beauftragten und dem Dritten abgeschlossene Geschäft, z. B. wegen dessen Minderjährigkeit, nichtig, so kann natürlich von einer Bürgenhaftung keine Rede sein.

Gewährt der Beauftragte nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, sondern namens und auf Rechnung des Auftraggebers den Kredit, so ist der Beauftragte überhaupt nicht Vertragspartei, es tritt natürlich auch kein bürgschaftliches Verhältnis ein. Genehmigt der Auftraggeber die in seinem Namen erfolgte Kreditierung, so liegt ein einfacher Schuldvertrag vor.

Es mag aber hierbei auf die Bestimmung des § 164 BGB. hingewiesen werden: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht". Gewährt also der Beauftragte den Kredit in der Meinung, nicht er, sondern der Auftraggeber solle der eigentliche Gläubiger werden, so liegt, wenn er seinen Willen nicht unzweideutig ausgedrückt hat, trotz seines entgegenstehenden Willens ein Schuldverhältnis zwischen

[49]) Weidemann a. a. O. S. 471; Oertmann a. a. O. S. 855.

[50]) Planck a. a. O. S. 847; Crome a. a. O. S. 893; Dernburg a. a. O. S. 411; Staudinger S. 1272; Oertmann a. a. O. S. 856; Cosack § 159 Anm. 2a; Herms S. 72.

ihm und dem Dritten mit der Wirkung vor, daß er sich aus § 778 BGB. an den Auftraggeber als seinen Bürgen halten kann.

Was das Verhältnis zwischen dem kreditnehmenden Dritten und dem Auftraggeber anlangt, so wird, wie Crome sagt,[51]) der Kreditauftrag zwar meistens vom Auftraggebenden ausgehen, diese Tätigkeit des Auftraggebers aber vom Kreditnehmenden, in dessen Interesse sie wohl regelmäßig erfolgt, genehmigt werden. Der Auftraggeber seinerseits wird deshalb gegen den Kreditnehmer regelmäßig Ansprüche aus Auftrag, zum mindesten aber aus nützlicher Geschäftsführung erhalten, also nicht auf Bereicherungsansprüche beschränkt bleiben.

Da das Gesetz die Folge der Haftung als Bürgen am letzten Ende nicht an rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Partei, sondern lediglich an den tatsächlichen Vorgang der Kreditgewährung knüpft, wird man den Kreditauftrag des geltenden Rechts den Fällen der gesetzlichen Bürgenhaftung zuzählen können.

7. Fälle gesetzlicher Bürgenhaftung.

Zwei weitere Fälle, in denen eine Bürgenhaftung kraft Gesetzes eintritt, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch im Mietrecht und im Pfandrecht. Wenn der Vermieter das vermietete Grundstück veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Veräußerers in dessen Rechte und Pflichten aus dem Mietsvertrage ein. Daraus könnte dem Mieter indessen ein unverschuldeter Schaden erwachsen, wenn der Erwerber seiner Verpflichtung nicht nachkäme. Deshalb haftet nach § 571 Abs. 2 Satz 1 BGB. für den Ersatz dieses Schadens der Veräußerer wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

Nach § 1250 BGB. geht mit der Übertragung einer Forderung ein für die Forderung bestelltes Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Dieser kann dann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen. Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger auch in die Pflichten seines Vorgängers ein, die diesem dem Verpfänder gegenüber obliegen. Zur Sicherung für die Erfüllung dieser Verpflichtung ist deshalb bestimmt, daß der bisherige Pfandgläubiger für den von ihm zu ersetzenden Schaden haftet, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§ 1251 BGB.).

---

[51]) Crome a. a. O. S. 893.

Dritter Abschnitt.

Der Bürgschaft verwandte Verträge.

1. Der Garantievertrag.

a) Wesen und Zweck des Vertrages, Unterschied von verwandten Verträgen.

„Wenn jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, vertragsmäßig ganz oder teilweise übernimmt, so nennt man einen solchen Vertrag einen „Garantievertrag". Mit diesen Worten leitet Stammler[1]) einen gehaltreichen Aufsatz ein, in dem er gerade noch zeitig zur Beratung des neuen Rechts erschöpfend alles das behandelt hat, was bisher über den Garantievertrag geschrieben und gestritten worden ist.

Der Garantievertrag ist ein selbständiges Rechtsinstitut. Wenn er trotzdem im geltenden Recht nicht besonders geregelt ist, so liegt es daran, daß diese Verträge wegen der Verschiedenheit der Zwecke und des Inhalts sich einer allgemeinen Regelung entziehen.[2]) Im geltenden Recht ist deshalb jeder Art Garantievertrag, sofern nur sein Zweck und sein Inhalt genügend bestimmt und nicht verboten ist, nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig und möglich. Unzulässig wäre z. B. ein Garantievertrag, in dem einem Spieler sein Verlust, dem Spekulanten der Ausfall bei einem verbotenen Differenzgeschäft zu ersetzen versprochen wird.

Seinem Wesen nach besteht der Garantievertrag aus der vom Vertragsgegner angenommenen Erklärung, durch die sich jemand, regelmäßig unentgeltlich, verpflichtet, einem andern für einen bestimmten tatsächlichen Erfolg einzustehen.[3])

Die Ähnlichkeit des Vertrages mit dem Bürgschaftsvertrag, der nach den Motiven nur eine Abart des Garantievertrags sein

---

[1]) Der Garantievertrag. Eine zivilistische Abhandlung von Prof. Dr. Rud. Stammler in Gießen, im Arch. f. ziv. Prax., Tübingen 1886, Bd. 69 S. 1 ff.

[2]) Mot. S. 658.

[3]) Planck a. a. O. S. 822.

soll, liegt klar zutage. Auch hier ein Einstehen, ein Sichern. Der Garant, wie wir kurz den Versprechenden bezeichnen wollen, will den zaudernden Versprechensempfänger, den wir den Unternehmer nennen, gegen die Ausfälle sichern, die ihn beim Mißlingen seines geplanten Unternehmens treffen könnten.

Aber auch die Unterschiede von der Bürgschaft sind augenfällig. Nicht einmal die Vertragsparteien sind die gleichen.[4]) Während bei der Bürgschaft der Gläubiger der Versprechensempfänger ist, ist es regelmäßig beim Abschluß des Garantievertrages überhaupt noch ungewiß, wem einmal der Unternehmer etwas schuldig werden wird. Man wird den Garantievertrag überhaupt nicht so auffassen dürfen, als wenn die zukünftigen Forderungen gegen den Unternehmer gesichert werden sollten. Wir würden damit in dem Vertrag eine Art Bürgschaft für zukünftige Schuld sehen, deren Rechtsgültigkeit überdies aus dem Grunde der Unbestimmtheit des Gegenstandes zweifelhaft sei. Es sind aber gar nicht die zukünftigen Forderungen gegen den Unternehmer, die gesichert werden sollen, der Wille des Garanten geht in keiner Weise darauf, einen Gläubiger des Versprechensempfängers vor Schaden zu bewahren,[5]) sondern er will dem Unternehmer, gegebenfalls aus eigenen Mitteln, das ersetzen, was er in das Unternehmen hineingesteckt hat. Es liegt also lediglich ein Versprechen des Garanten vor, den dem Unternehmer vielleicht erwachsenden Vermögensschaden wieder gutzumachen. Die scharfe Unterscheidung des Vertrages von der Bürgschaft ist notwendig. Wie überhaupt kaum eine, so findet vor allem die Bestimmung des § 766 BGB. aus den Bürgschaftsregeln, das Erfordernis der Schriftform, auf die Garantieerklärung keine Anwendung.[6])

Wir haben von der Regel der Unentgeltlichkeit des Garantievertrages gesprochen; der Vertrag unterscheidet sich trotzdem wesentlich von der Schenkung.[7]) Der Garant sieht die Möglichkeit einer Vermögensverminderung des Unternehmers voraus und will zwar dieselbe hindern. Seine Absicht geht aber nicht auf Bereicherung des Unternehmers. Beweggrund für ihn ist nicht einmal die Möglichkeit der Verminderung der Vermögenseinbuße, ebensowenig wie seine Absicht die ist, dem Unternehmer die Vorteile des Unternehmens zu verschaffen. Vielmehr will der Garant lediglich das Unternehmen selbst fördern, sei es nun aus selbstsüchtigen

[4]) Crome a. O. S. 895.
[5]) Stammler a. a. O. S. 1; Dernburg Bd. 2, 2 S. 410; Crome a. a. O. S. 895.
[6]) Entsch. d. RG. Bd. 61 S. 160.
[7]) Dernburg a. a. O. S. 411.

oder aus gemeinnützigen Gründen.[8]) Hauptanwendungsfall wird deshalb der sein, der Garant wünscht das Zustandekommen eines gemeinnützigen Unternehmens, sei es, daß er ein ideelles Interesse daran hat, oder daß er mittelbar wirtschaftliche Vorteile davon erhofft, z. B. von einer Ausstellung, und erbietet sich deshalb zur Zahlung einer bestimmten Summe an die Unternehmer aus seinen eigenen Mitteln, ohne Anspruch auf eine Rückvergütung zu machen. Die Vorschriften über die Form von Schenkungsversprechen (§ 516 BGB.) sind, da dem Garanten der animus donandi, die Absicht, den anderen zu bereichern, fehlt, nicht anwendbar.

Der Garantievertrag ist auch ein selbständiger Vertrag. Allerdings nicht, wie dies wohl auch gesagt wird,[9]) selbständig in dem Sinne, daß das Garantieversprechen als solches den Anspruch des Unternehmers unabhängig von einem Schuldgrund begründen soll. Der Unterschied des Garantievertrags von dem abstrakten Schuldversprechen des § 780 BGB. ist dann in der Folge von Wienstein treffend klargestellt worden. Aus seinen Ausführungen sei nur hervorgehoben, daß das Garantieversprechen seinen rechtlichen Inhalt, den zukünftigen Ausfall des Unternehmers, in sich trägt, weshalb von einer Absicht der Parteien, das Versprechen von irgendeinem Schuldgrund loszulösen, nicht die Rede sein kann.

Auch diese Unterscheidung ist am Platze, da für das abstrakte Schuldversprechen Schriftform vorgeschrieben ist. Es ist damit festgestellt, daß auch aus diesen Gründen die Schriftform für den Garantievertrag nicht hergeleitet werden kann.

Selbständig muß der Garantievertrag in einem andern Sinne sein. Weitaus in der Mehrzahl der Fälle, wo im Rechtsleben von garantieren gesprochen wird, wird es sich nicht um einen Garantievertrag in unserem Sinne handeln. Sowohl Gesetz wie Parteivereinbarung legen den Vertragsparteien bei den verschiedensten Verträgen Garantiepflichten mannigfacher Art auf. Überall da, wo bereits Vertragsbeziehungen bestehen, wird ein Garantieren in der einen oder andern Richtung nur eine Modifizierung der Vertragspflichten bedeuten, die mit einem selbständigen Garantievertrag nichts zu tun haben. So ist z. B. die Garantie einer Mindesteinnahme, die einem z. B. von einer Gemeinde anzustellenden Arzt gegeben wird, falls im übrigen mit ihm ein

[8]) Oertmann a. a. O. S. 716; Dernburg a. a. O. S. 411; Enneccerus a. a. O. S. 1062.

[9]) vgl. Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? Vortrag des Kammergerichtsrats Wienstein, abgedruckt im Arch. f. bürgerl. R. 1907 Bd. 31 Heft 1 S. 11.

Anstellungsvertrag geschlossen wird, kein selbständiger Garantievertrag, sondern eine besondere Art der Festsetzung der Vergütung für seine Tätigkeit. Eine Reihe auch für das geltende Recht lehrreiche Beispiele für die Unterscheidung gibt Stammler in seinem erwähnten Aufsatz.[10])

Der Garantievertrag ist ein einseitig verpflichtender Vertrag.[11]) Er gibt nicht etwa dem Garanten ein Recht, von dem Unternehmer nun auch die Ausführung des Unternehmens zu fordern. Geht die Absicht der Parteien dahin, für den Garanten ein derartiges Recht zu begründen, so liegt ein Auftrag oder richtiger, falls die Übernahme der Garantie als Gegenleistung für den Anspruch auf Durchführung des Unternehmens bedungen wird, eine Art Dienst- oder Werkvertrag vor, deren Regeln dann Anwendung zu finden haben.

Schließlich unterscheidet sich der Garantievertrag von den verschiedenen Arten der Versicherungsverträge hauptsächlich durch den Mangel der Gegenseitigkeit.[12])

b) Inhalt und Umfang der Verpflichtung.

Im Gesetz selbst ist, wie gesagt, der Garantievertrag nicht geregelt. Es ist deshalb aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten, wie sich Rechte und Pflichten der Beteiligten einander gegenüberstehen.

Über den Inhalt der Verpflichtung haben wir bereits gesprochen; ihr Gegenstand muß ausreichend bestimmt und erlaubt sein. Muß aber auch das zu fördernde Unternehmen, also der mittelbare Zweck des Vertrags, unter allen Umständen möglich sein? Sicherlich wird eine rein objektive Unmöglichkeit der Unternehmung aus den Gründen des § 306 BGB. auch auf die Gültigkeit des Garantievertrages einwirken. Ist es den Parteien bewußt, daß die Bemühungen und Handlungen für das Unternehmen selbst sicher vergeblich sind, so hat auch der auf Übernahme der nachteiligen Folgen der Bemühungen gerichtete Vertrag keinen Sinn und daher keine Gültigkeit. Ganz anders verhält es sich natürlich bei einem im Verlauf der Durchführung des Unternehmens sich zeigenden Unvermögen des Unternehmers. Gerade gegen die nachteiligen Folgen eines solchen will sich der Unternehmer wohl nicht selten durch den Garantievertrag sichern.[13])

Der Umfang der Verpflichtung des Garanten ergibt sich aus

---

[10]) Stammler a. a. O. S. 8 u. 10.
[11]) Enneccerus a. a. O. S. 1062.
[12]) Dernburg a. a. O. S. 411.
[13]) vgl. darüber Stammler a. a. O. S. 126.

dem Vertrag.[14]) Indem er verspricht, den künftigen Ausfall, den der Unternehmer infolge Durchführung des geplanten Unternehmens hat, zu decken, läßt er es von dem Verlauf der Dinge abhängen, inwieweit eine Zahlungsverpflichtung für ihn eintreten wird. Deshalb hat es, wenn nichts Besonderes vereinbart wird, doch wohl auf den Umfang der Haftung des Garanten keinen Einfluß, aus welchen Gründen das Unternehmen fehlschlägt. Mögen die voraussehbaren, befürchteten, mögen aber auch unvorhergesehene, gänzlich außerhalb der Berechnung gelegene Umstände den Ausfall verursacht haben, der Garant hat für alle diese Umstände „einzustehen".[15]) Man könnte versucht sein, weitergehend im Anschluß an unsere Auffassung im Bürgschaftsrecht (S. 27) aufzustellen, der Garant habe auch den Schaden zu tragen, wenn der Unternehmer schuldhaft das Gelingen des Unternehmens verhindert hat.

Daß eine vorsätzliche Handlung des Unternehmers den Garanten von jeder Haftung befreit, muß doch wohl aus einem gesunden Rechtsgefühl heraus unter allen Umständen angenommen werden. Da aber der Unternehmer in der Regel an sich keine Pflichten dem Garanten gegenüber hat, könnte man sagen, daß er auch wie der Gläubiger bei der Bürgschaft zu keiner besonderen Sorgfalt verpflichtet sei. Die Sache liegt indessen hier anders als bei der Bürgschaft. Diese ist in den §§ 765 ff. BGB. erschöpfend geregelt, bei dem Garantievertrag aber ist der Inhalt und Umfang der Verpflichtung aus den Umständen, insbesondere aus der Parteiabsicht zu ermitteln. Wenn über diese überhaupt Auslegungsregeln aufgestellt werden können, wird man doch sagen müssen, daß die Parteien stillschweigend voraussetzen, daß der Unternehmer selbst das Unternehmen nach Kräften fördern werde. Bei groben Unterlassungen wird ihn darum die Garantie des Förderers nicht vor Schaden bewahren können.[16])

In welchem Umfange der Ausfall mehr oder minder genau bestimmt ist, ist gleichgültig. Der Fall eines Garantievertrages liegt deshalb auch dann vor, wenn ein nur aus einem einzigen Ereignis hervorgegangener Ausfall in Rede steht, wenn den Ausfall nur eine Person verursacht hat. Nur darf dem Unternehmer gegen diese Person nicht etwa eine rechtswirksame Ersatzforderung erwachsen sein. Damit wäre ja die Voraussetzung der Bürgschaft, nämlich eine zu sichernde Forderung, gegeben. Wird aber eine solche rechtswirksame Ersatzforderung nicht begründet, so liegt

[14]) Planck a. a. O. S. 822.
[15]) Stammler a. a. O. S. 132; Enneccerus a. a. O. S. 1063.
[16]) Stammler a. a. O. S. 137; ähnlich Dernburg a. a. O. S. 412; Oertmann a. a. O. S. 716.

lediglich eine Haftung für einen Ausfall, also ein Garantievertrag vor.

Ein Garantieversprechen ist darum auch das Versprechen, für den Eingang einer als rechtsunwirksam erkannten Forderung einzustehen; in Wahrheit wird ja nicht für einen mehr oder minder näher bezeichneten Ausfall eingestanden. Unter diese Art Garantieverträge ist zu rechnen das Versprechen, die Schuld eines Geschäftsunfähigen zu zahlen, wenn dieser nicht zahle.[17]) Es ist die fälschlich von Cosack so bezeichnete Schadensbürgschaft. Das Wesen des Garantievertrages ist eben immer: Der daraus Verpflichtete haftet ohne Rücksicht auf das rechtsgültige Bestehen einer Forderung, während die Bürgenhaftung akzessorisch ist.[18])

c) Erfüllung der Verpflichtung aus dem Garantievertrag.

Der aus dem Garantievertrag Verpflichtete erfüllt wie der Bürge, indem er „einsteht" und so den Unternehmer zur Durchführung des Unternehmens von der Besorgnis vor den Folgen eines Fehlschlags befreit. Gelingt das Unternehmen, was der Garant doch wohl in erster Linie wünscht, so ist die Verpflichtung ohne weitere Leistung seinerseits durch das bloße Einstehen erfüllt, mit der Vollendung des Unternehmens seine Verpflichtung erloschen.

Ist das Unternehmen fehlgeschlagen, so hat der Garant nach Feststellung des Schadens diesen dem Unternehmer zu ersetzen. In welcher Weise er dies tut, hängt lediglich von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Aus dem Wesen des Garantievertrages können Besonderheiten in dieser Hinsicht kaum hergeleitet werden. Wenn Crome[19]) meint, die Verpflichtung ginge dahin, die Gläubiger des Unternehmers zu befriedigen, so ist dies doch wohl nur teilweise richtig. Genau genommen geht die Verpflichtung des Garanten auf Schadensdeckung des Unternehmers, gegebenenfalls auf Herstellung des früheren Zustandes, also vielleicht auf Befreiung des Unternehmers von eingegangenen Verbindlichkeiten.

In der Regel wird indessen der Garant dem Unternehmer einfach Mittel in Höhe seines Ausfalles zur Verfügung stellen müssen. Warum der Unternehmer sich das Mißtrauen des Garanten gefallen lassen soll, weil, wie Crome meint, dieser die vorgestreckten Mittel anderweitig verwenden könnte, ist nicht ersichtlich. Zu beachten ist aber, daß die möglichen Gläubiger, die nun befriedigt werden, während sie ohne das Vorliegen des Garantie-

---

[17]) Eingehend über diesen Fall Wienstein a. a. O. S. 7ff.
[18]) Planck a. a. O. S. 822.
[19]) Crome a. a. O. S. 895.

vertrages zu Schaden gekommen wären, gegen den Garanten selbst trotzdem keine Ansprüche haben.

Daß die Entstehung solcher Ansprüche ausdrücklich ausbedungen werden könnte, ist für die Mehrheit der Fälle nicht gut denkbar, da beim Vertragsschluß die späteren Gläubiger ja nicht bekannt sind.

2. Der Schuldbeitritt.

a) Denkmöglichkeit und rechtliche Zulässigkeit des Vertrages. Unterscheidung von verwandten Verträgen.

Unter Schuldbeitritt verstehen wir einen Vertrag, in dem ein Dritter dem Gläubiger oder dem Schuldner einer bestehenden Forderung verspricht, das gleiche zu leisten, was der eigentlich Verpflichtete, der Urschuldner, kraft des bestehenden Schuldverhältnisses bereits schuldet. Ein solcher Vertrag ist gleichfalls unter den typischen Verträgen oder im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht genannt. Daraus folgt natürlich nicht seine rechtliche Unzulässigkeit. Vielmehr entspricht dem das geltende Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, daß ein solcher Vertrag, wenn er denkmöglich ist und einen genügend bestimmten und erlaubten Inhalt hat, rechtswirksam geschlossen werden kann. Der Vertrag ist wohl nichts anderes als eine Fortentwicklung des constitutum debiti alieni der Römer, eines Vertrages, durch den sich jemand dem Gläubiger eines Dritten verpflichtete, die Verbindlichkeit des Dritten zu erfüllen.

Die Wissenschaft behandelt das römischrechtliche constitutum debiti alieni als eine Form der Bürgenverpflichtung neben der fideiiussio. Dementsprechend weist auch die gemeinrechtliche Lehre dem Konstitut oder, wie es Windscheid nennt, dem Erfüllungsversprechen seinen Platz bei der Bürgschaft an.

Es lag nahe, da das neue Reichsrecht der Bürgschaft einen besonderen Abschnitt gewidmet, jenes Erfüllungsversprechens als eines besonderen Rechtsgebildes[20]) dagegen nirgends gedacht hat, den Schluß zu ziehen, daß auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches das Konstitut in der Bürgschaft aufgegangen sei. Vielleicht will das auch der Teil der Schriftsteller[21]) sagen, der bei der Besprechung der Bürgschaft das Konstitut mit den kurzen Worten abtut, dasselbe sei dem Bürgerlichen Gesetzbuch als be-

[20]) Über die ganz anders geartete Erfüllungsübernahme des § 329 BGB. wird unten zu sprechen sein.

[21]) z. B. Staudinger a. a. O. Bd. 2, 2 S. 1236.

sonderer Vertrag unbekannt. Das Gesetz selbst kennt zwar unter den typischen Verträgen kein Erfüllungsversprechen, das den Gedanken des Konstituts fortentwickelt hätte, aber darum ist dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches das Erfüllungsversprechen doch nicht fremd. Sollte nach geltendem Rechte weniger wie vordem jemand die Erfüllung der Schuld eines anderen rechtsgültig versprechen können? Und mag ein solches Versprechen im gemeinen Rechte eine Bürgschaft bedeutet haben, Bürge im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches wird der, der sich in solcher Weise verpflichtet, deshalb nicht, weil der Inhalt der Bürgenverpflichtung des neuen Rechts, wie wir oben [22]) ausgeführt haben, nicht der ist, die Hauptschuld zu erfüllen, sondern für deren Erfüllung einzustehen. Wir können an dieser Stelle auf unsere früheren Ausführungen über diese grundlegende Unterscheidung verweisen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß nach geltendem Recht ein den Gedanken des constitutum fortentwickelndes Erfüllungsversprechen des oben näher bezeichneten Inhalts denkbar, möglich und rechtlich zulässig, auch keinesfalls mit dem Bürgschaftsversprechen identisch ist.

Wir kommen zu dem gleichen Ergebnis von einem andern Ausgangspunkte aus. Schuldübernahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Vertrag, durch den in ein bestehendes Schuldverhältnis an Stelle des Schuldners ein anderer eintritt. Nur dann liegt nach der Sprache des Gesetzes Schuldübernahme vor, wenn der bisherige Schuldner frei, sein Platz vom Übernehmer eingenommen wird. Dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist darum aber ein Vertrag, inhaltlich dessen der Schuldner Schuldner bleibt, ein Dritter aber neben ihm das gleiche, was auch er schuldet, zu leisten sich verpflichtet, doch nicht fremd. Freilich finden unter dem Titel Schuldübernahme des Gesetzes Bestimmungen über diese Abart des Eintretens eines neuen Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis sich nicht. Doch ist die Denkmöglichkeit und Zulässigkeit dieser Art Schuldübernahme kaum je in Zweifel gezogen worden: sie ist in Theorie und Praxis unter dem Namen kumulative oder bestärkende Schuldübernahme seit langem bekannt und anerkannt. Übrigens setzt das Gesetz die Möglichkeit dieser Rechtsgestaltung geradezu voraus; denn in § 419 BGB. ist bestimmt, daß wer ein Vermögen eines anderen durch Vertrag übernimmt, damit auch in die Schuldverhältnisse dieses andern als Schuldner eintritt, ohne daß jener seiner Verbindlichkeiten ledig würde. Wir sehen, was wir eingangs als Schuldbeitritt bezeichnet haben, das Eintreten eines neuen Schuldners in ein

[22]) s. oben S. 17 ff.

bestehendes Schuldverhältnis, kehrt hier als Abart der Schuldübernahme wieder, wie wir den gleichen Rechtsvorgang als Fortentwicklung des Konstituts, als Erfüllungsversprechen kennengelernt haben.

Einen dritten Ausgangspunkt für die Besprechung unseres Schuldbeitritts bietet die Lehre von der Gesamtschuld. Gesamtschuldner sind nach der Auslegung des Gesetzgebers (§ 421 BGB.) mehrere Schuldner, von denen jeder die ganze Leistung, die den Inhalt des Schuldverhältnisses ausmacht, zu bewirken verpflichtet ist, während aber der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Wie z. B. eine solche Gesamtschuld begründet werden kann, sagt § 427 BGB.: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner". Eine Gesamtschuld kann also u. a. vertraglich begründet werden. Was heißt nun aber gemeinschaftlich? Der Begriff der gemeinschaftlichen Verpflichtung setzt ein doppeltes voraus: Mehrere Schuldner verpflichten sich zu ein und derselben Leistung, und die mehreren Schuldner verpflichten sich gleichmäßig, also einer wie der andere, m. a. W. nebeneinander. Dagegen ist das „gemeinschaftlich" in § 427 BGB. nicht in dem Sinne von gleichzeitig gebraucht; sowohl im Falle des § 427 BGB. wie überhaupt, liegt eine gemeinschaftliche Verpflichtung auch dann vor, wenn die mehreren Schuldner ein und dieselbe Leistung in verschiedenen Akten, zu verschiedenen Zeitpunkten rechtswirksam versprochen haben. Man kann demgemäß unter den Begründungsarten einer Gesamtschuld zwei Hauptgruppen unterscheiden: die gleichzeitige und die nachfolgende Begründung einer solchen. Die letztere ist es, die für uns in Frage kommt. Mit der Denkmöglichkeit und Zulässigkeit der nachfolgenden Gesamtschuldbegründung ist nämlich das gleiche auch für unsern Schuldbeitritt erwiesen. Tritt durch Vertrag neben einen bisherigen Alleinschuldner ein Dritter, der sich zu derselben Leistung in gleicher Weise wie der Erstschuldner verpflichtet, so liegt eben ein Fall der nachfolgenden Gesamtschuldbegründung vor. Der Inhalt der Verpflichtung des zweiten Schuldners ist aber kein anderer als der, den wir als den Inhalt des Schuldbeitrittsvertrages an die Spitze dieser Erörterung gestellt haben; kein anderer aber auch als der Inhalt der Verpflichtung aus dem oben besprochenen Erfüllungsversprechen wie aus der sogen. kumulativen Schuldübernahme. Der Schuldbeitritt ist also eine selbständige Rechtsfigur, die sich weder mit der Bürgschaft noch mit der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs deckt. Aus der Verschiedenheit des Vertragsinhalts ergeben sich auch eine Reihe von Verschiedenheiten in der Rechtsausgestaltung, von denen wir im Verlauf unserer Erörterungen noch einige kennen lernen werden.

b) Stellung der Literatur.

Wie stellt sich nun Theorie und Praxis zu unseren Ergebnissen? Was die Mehrzahl der Schriftsteller über das constitutum denkt, haben wir bereits gestreift. Man hält dasselbe für veraltet. Im Grunde zugegeben wird seine Fortgeltung eigentlich zwar von Oertmann,[23]) der aber einschränkend meint, das Leben werde zwischen dem Versprechen, für eine fremde Schuld einzustehen, und dem Versprechen, diese zu zahlen, kaum einen Unterschied machen. Wir haben das Unzutreffende dieser Auffassung bereits oben bei der Besprechung der selbstschuldnerischen Bürgschaft gebührend hervorgehoben. Neuerdings ist nun Kammergerichtsrat Wienstein in einem Aufsatz[24]) mit dem Versuch hervorgetreten, den, wie er sagt, über Zeit und Nation hinaus gültigen Gedanken des Konstituts zu retten, den Gedanken, daß man die Tilgung einer fremden Schuld gültig versprechen kann. Der Aufsatz bringt mancherlei für unser Thema Beachtenswertes. Erfüllungsversprechen und kumulative Schuldübernahme werden im Hinblick auf ihre Denkmöglichkeit einander gegenübergestellt und miteinander verglichen. Wenn Wienstein nun auch weiterhin sich unserm Standpunkt nähert, wie z. B. an der Stelle, wo er erklärt, er halte seine frühere Ansicht, es sei ein bestimmbarer Unterschied zwischen kumulativer Schuldübernahme und dem Erfüllungsversprechen festzustellen, nicht mehr für gerechtfertigt, so bleibt doch leider gerade das unausgesprochen, was wir aus der Gleichartigkeit des Inhalts jenes Erfüllungsversprechens mit dem der kumulativen Schuldübernahme schließen zu können glauben, nämlich daß sich in unserm Schuldbeitrittsvertrag beide Rechtsgebilde zusammenfinden.

Reichliche Beachtung in Wissenschaft und Rechtsprechung hat unsere Vertragsart in ihrem Gewande als sogen. kumulative Schuldübernahme gefunden. Die wenigen Stimmen, die in den ersten Jahren der Geltung des neuen Rechts sich dahin hören ließen, für das Verkehrsbedürfnis schaffe die Bürgschaft des Gesetzes mit ihrer Abart der selbstschuldnerischen Bürgschaft eine in jeder Hinsicht ausreichende Einrichtung, die sogen. kumulative Schuldübernahme sei völlig überflüssig, sind verstummt.

Allgemein wird von der Wissenschaft[25]) anerkannt, daß die kumulative Schuldübernahme eine besondere, von jeder anderen,

---

[23]) Oertmann a. a. O. S. 853.

[24]) Wienstein, Das Erfüllungsversprechen, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (begr. von Gruchot) 53. Jahrg. 4. u. 5. Heft, Berlin 1909.

[25]) Statt vieler Staudinger a. a. O. Bd. 2, 1 S. 367 und die dort aufgeführten Schriftsteller.

auch von der Bürgschaft begrifflich scharf unterscheidbare Rechtsfigur sei. Bemerkenswert ist die Stellung des Reichsgerichts. Zuerst seit Geltung des neuen Rechts hat sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 20. 3. 1902[26]) über unsere Vertragsart ausgesprochen. Der Gerichtshof hält es nicht für ausgeschlossen, daß ein Gläubiger mit einem Dritten einen Vertrag schließt, nach dem der Dritte als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner in die Haftung eintreten soll, kann aber seinen Zweifel, ob ein solcher Vertrag sich begrifflich überhaupt von der selbstschuldnerischen Bürgschaft unterscheidet, nicht unterdrücken. In einer späteren Entscheidung v. 14. 11. 1904[26]) bekennt derselbe Senat, die Frage der begrifflichen Möglichkeit jenes Vertrages offengelassen zu haben, will sich dann aber mit der Maßgabe für die Bejahung entscheiden, daß auf Grund einer eigenartigen Sachlage ausnahmsweise zu einem Schuldner noch ein zweiter vertraglich als gewöhnlicher Gesamtschuldner hinzutreten könne. „Eigenartige Sachlage" und „besondre Umstände" sind auch in den späteren Entscheidungen des Gerichtshofes dann[27]) ausschlaggebend geblieben, wenn, wie das unverkennbar immer häufiger geschah, im konkreten Falle die Frage, ob Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme, zugunsten der letzteren entschieden wurde. Ist nun auch anzuerkennen, daß damit das Reichsgericht auch das Seinige dazu beiträgt, unserm Schuldbeitritt im Rechtsleben den gebührenden Platz zuzuweisen, so bleibt doch zu bedauern, daß in den Entscheidungen feste Merkmale, Richtlinien, die für eine Vielheit von Fällen die Entscheidung erleichtern könnten, nicht aufgestellt sind.

Mancherlei Ansätze dazu finden sich in den zahlreichen Aufsätzen,[28]) die über unsere Vertragsart in den letzten Jahren in Zeitschriften erschienen sind. Wirklich eingehende Ausführungen über das Wesen der kumulativen Schuldübernahme oder, wie wir sie nennen, den Schuldbeitritt, haben uns erst Westerkamp und Reichel in ihren umfangreichen Arbeiten[29]) gebracht. Hier wird unsere Vertragsart, die Reichel Mitübernahme nennt, nach Rechtscharakter, Begründungsart, Tatbestand und Rechtsaus-

---

[26]) Entsch. d. RG. Bd. 51 S. 120 u. Bd. 54 S. 232.

[27]) U. a. Urteil v. 19. 2. 1906, abgedruckt in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 946; Urteil v. 23. 11. 1906, Entsch. d. RG. Bd. 64 S. 318; Urteil v. 26. 2. 1907, im Recht 1907 S. 446; Urteil v. 30. 11. 1907, JurW. 1908 S. 31.

[28]) U. a. Birkenbihl, Hellbach und David im Recht 1903 S. 286, 335 u. 356; Josef in der DJZ. 1903 S. 422; Martinius in Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 181; Salinger in Kohlers Arch. 1906 S. 82 ff.

[29]) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 557 Druckseiten, Berlin 1908; Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), 588 Druckseiten, München 1909.

gestaltung im einzelnen gründlich von allen Seiten beleuchtet, wobei auch die Unterschiede von der Bürgschaft und andern Rechtsinstituten eingehend besprochen werden. Schon eine kurze Übersicht dessen, was in beiden Arbeiten geboten wird, zeigt uns, daß die Fälle der kumulativen Schuldübernahme im einzelnen sehr verschiedener Art sind, daß sichere Ergebnisse in Einzelfragen nur nach sorgfältiger Untersuchung ganzer Gruppen von Fällen zu gewinnen sind. Im Hinblick darauf dürfen wir die uns im Rahmen dieser Arbeit gestellte Aufgabe, über das Wesen des Schuldbeitritts als eines der Bürgschaft verwandten Vertrages uns auszulassen, als gelöst betrachten, wenn es uns gelingt nachzuweisen, daß es eine von der Bürgschaft sich abhebende kumulative Schuldübernahme gibt, und es uns gelingt, in einigen Hauptpunkten klarzustellen, worin die Verschiedenheiten der beiden Gestaltungen liegen.

c) Beteiligte Personen und Formen des Vertragsschlusses, Inhalt der Verpflichtung und Rechtsausgestaltung im allgemeinen.

Über Denkmöglichkeit und rechtliche Zulässigkeit des Schuldbeitritts haben wir bereits das Erforderliche, über den Inhalt der Vertragsleistung einiges gesagt. Wir werden nun versuchen, einen Gesamtüberblick über den Schuldbeitritt dadurch zu geben, daß wir die möglicherweise beteiligten Personen, den Vertragsschluß und dessen Form, den Vertragsinhalt und kurz die Rechtsausgestaltung in allgemeinen Zügen besprechen. Wir werden dabei mehrfach die Bürgschaft wie die Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs heranziehen und grundlegende Verschiedenheiten derselben wie auch Ähnlichkeiten mit unserer Rechtsfigur feststellen können.

Nach Lage der Dinge sind an jedem Schuldbeitritt drei Personen beteiligt: der Gläubiger, der Schuldner und der Beitretende. Am nächstliegenden und am häufigsten ist der Abschluß des Vertrages zwischen Gläubiger und dem Beitretenden, da diese beiden aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werden. Undenkbar ist die Herbeiführung der rechtlichen Gebundenheit ohne Mitwirkung des Beitretenden, da naturgemäß dritte Personen eine solche Gebundenheit, wie sie die Verpflichtung enthält, ohne sein Zutun vertraglich nicht vereinbaren können. Mit der Anerkennung des Vertrags zugunsten eines Dritten so, daß der Dritte aus einem solchen Vertrage einen klagbaren Anspruch gegen den aus dem Vertrage Verpflichteten erhält, wie ihn §§ 328 ff. BGB. regeln, ist die Möglichkeit eines Schuldbeitritts durch Ver-

trag zwischen Urschuldner und dem Beitretenden gegeben. Wir können also analog wie bei der Schuldübernahme zwei Gruppen von Schuldbeitritten unterscheiden, Reichel nennt sie gläubigervertragliche und schuldnervertragliche. Wesentlich dem schuldnervertraglichen Schuldbeitritt ist nach dem vorhin Gesagten der unmittelbare Erwerb des Gläubigerrechts aus dem Vertrag durch den Gläubiger. Dadurch unterscheidet sich diese Art Schuldbeitritt von der sogen. Erfüllungsübernahme, die nach § 329 BGB. im Zweifel als gewollt angesehen werden soll, „wenn sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung des Gläubigers des andern Teiles verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen". Von der Schuldübernahme unterscheidet sich der schuldnervertragliche Schuldbeitritt u. a. auch dadurch, daß bei letzterem zur Wirksamkeit des Vertrages die Genehmigung des Gläubigers nicht für erforderlich zu erachten ist. Der Gläubiger erwirbt ja durch den Schuldbeitritt lediglich ein Recht, daß er nach § 333 BGB. ja durch bloße Erklärung dem Versprechenden gegenüber jederzeit mit der Wirkung zurückweisen kann, daß das Recht als nicht erworben gilt.

Im Hinblick auf die Bürgschaft mag hier bemerkt werden, daß ein dem schuldnervertraglichen Schuldbeitritt entsprechender Vertragsschluß für jene kaum denkbar ist. Mit Recht hält Reichel[30]) dessen Zulässigkeit für bedenklich, sowohl dann, wenn als Versprechensempfänger ein beliebiger Vierter in Frage kommen soll, wie auch erst recht, wenn dem Schuldner selbst diese Rolle zugedacht wird.

Der für das Schuldrecht geltenden Regel folgend, kommt der Schuldbeitritt durch formlosen Antrag des Beitretenden und Annahme des Antrags durch den Vertragsgegner, sei dies der Gläubiger oder der Urschuldner, zustande. In allen den Schuldbeitritt behandelnden Besprechungen in Literatur und Rechtsprechung hat die Formfrage seither eine ihr wohl nicht gebührende Rolle gespielt. Weil die Bürgschaft der Schriftform bedarf und weil „die Umgehung dieser Vorschrift die leichteste Sache der Welt wäre", hat das Reichsgericht in der ersten obenerwähnten Entscheidung sich für das Formerfordernis auch für den Schuldbeitritt entschieden.

Ganz überwiegend stehen Theorie und Praxis jetzt auf dem entgegengesetzten Standpunkt.[31]) Wird ernsthaft der Schuldbeitritt als selbständige Rechtsfigur neben der Bürgschaft anerkannt, so

---

[30]) Reichel a. a. O. S. 151 unten.

[31]) vgl. dazu die umfangreiche Aufzählung der darüber ergangenen Entscheidungen und ihrer Besprechungen bei Staudinger a. a. O. Bd. 2,2 S. 1245.

kann von einer Anwendung der für das Bürgschaftsversprechen gegebenen Formvorschrift wegen der Wesensverschiedenheit der beiden Vertragsarten keine Rede sein. Ebensowenig lassen aber Formvorschriften wegen ihrer Eigenschaft als Ausnahmebestimmung im Schuldrecht eine Ausdehnung im Wege der Analogie zu.

Über den Inhalt der Verpflichtung des Beitretenden im Gegensatz zu der des Bürgen bleibt noch einiges zu sagen. Wir haben gesehen, daß der Beitretende sich zu ein und derselben Leistung, die der Urschuldner zu bewirken verpflichtet ist, in gleicher Weise wie dieser verpflichten will. Inhalt und Umfang seiner Verpflichtung ergibt sich demnach aus dem Urschuldverhältnis. Aber mehr noch, auch der Schuldgrund ist der gleiche wie der des Urschuldners. Der Beitrittsvertrag als solcher enthält für den Beitretenden ebensowenig den Schuldgrund, wie die befreiende Schuldübernahme an sich den Schuldgrund für den Übernehmer abgibt. Der Schuldübernehmer tritt in die Kausa des Urvertrags ein, er eignet sich mit dem Inhalt der ihm vordem fremden Schuld auch deren Rechtsgrund an. Der Bürge aber schuldet aus eigenem Rechtsgrunde, nämlich weil er sich verbürgt hat.[32]) Das ist auch der Kern der Ausführungen Westerkamps[33]) über „die angeblich abstrakte Natur des Schuldbeitritts im Gegensatz zur kausalen" der Bürgschaft.

Aus der Inhaltsgleichheit der Schuldverpflichtung des Urschuldners und des Beigetretenen ergibt sich auch der Leitsatz für die Rechtsausgestaltung im allgemeinen. Die beiden Schuldner werden, was wir bereits oben besprochen haben, Gesamtschuldner, denn der Schuldbeitritt ist eine besonders qualifizierte Gesamtschuldbegründung. Daraus ergibt sich, daß auf die Rechtsbeziehungen aller Beteiligten in erster Linie die Sätze über die Gesamtschuldhaftung in §§ 421 ff. BGB. Anwendung zu finden haben und daß Anwendung finden müssen diejenigen Sätze des Gesamtschuldrechts, die zwingender Natur sind. Daraus ergibt sich ferner, daß auf den Schuldbeitrittsvertrag als solchen keinesfalls Regeln angewendet werden dürfen, die mit den zwingenden Sätzen des Gesamtschuldrechts im Widerspruch stehen. Das muß gesagt werden, insbesondere im Hinblick auf die Bürgschaft: Mögen Bürgschaft und Schuldbeitritt manches Gemeinsame haben, der Bürge ist nicht Gesamtschuldner, der Beitretende ist es. Sätze, die für den Bürgen gelten, können nicht für den Beitretenden gelten, wenn sie der Eigenschaft des letzteren als Gesamtschuldner keine Rechnung tragen. Nun enthält das Gesamtschuldrecht aber auch dispositive

---

[32]) Reichel a. a. O. S. 180.
[33]) Westerkamp a. a. O. S. 193 ff.

Regeln. Am wichtigsten ist für uns der viel angefeindete § 425 BGB.

Wenn darin ausgesprochen ist, daß andere als in §§ 422—424 BGB. aufgeführte Tatsachen, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie entstanden sind, so heißt das nichts anderes, als daß das die Gesamtschuld begründende Schuldverhältnis bezw. Rechtsgeschäft überall da ergänzend heranzuziehen ist, wo für die Entscheidung von Einzelfragen die Sätze des Gesamtschuldrechts nicht ausreichen. Auf unsern Schuldbeitritt angewendet, bedeutet das eine Richtschnur für die Entscheidung von Einzelfragen, die bei näherer Betrachtung in großer Zahl sich einstellen werden, wenn anders es richtig ist, daß es mehrere Arten von Schuldbeitritten gibt und Gruppen von Einzelfällen sich unterscheiden lassen. So wird z. B. die Entscheidung in Einzelfragen verschieden ausfallen müssen, je nachdem der Schuldbeitritt bürgschaftshalber oder im eigenen Interesse erfolgt ist. Die besonderen Gründe und Nebenumstände des Schuldbeitritts berechtigen deshalb in vielen Fällen zu Analogieschlüssen aus Bürgschaft, Schuldübernahme und anderen verwandten Rechtsgestaltungen.

d) Rechtfertigung der Bezeichnung: Schuldbeitritt.

Zum Schluß noch einige Worte zur Rechtfertigung der von uns im Anschluß an Westerkamp gewählten Bezeichnung. Daß es der Anerkennung einer Rechtsfigur, die das Gesetz nicht kennt, in Theorie und Praxis Abbruch tun muß, wenn sie bald als Abart des einen, bald als solche eines andern allgemein bekannten Vertrages behandelt und danach bezeichnet wird, bedarf kaum des Beweises. Weil, wie wir gesehen haben, unser Vertrag weder eine Bürgschaft noch eine Schuldübernahme, das letztere insbesondere auch nicht im Sinne der Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, kann die Bezeichnung als sogen. bestärkende oder kumulative Schuldübernahme nicht befriedigen. Es ist daher mehrfacher Widerspruch gegen diese Bezeichnung nicht ausgeblieben.[34]) Darüber, daß der Anerkennung einer selbständigen Rechtsgestaltung am besten gedient wird, wenn eine völlig neue Bezeichnung gewählt wird, sind die Schriftsteller, die sich eingehend mit der Frage beschäftigt haben, einig. Leider hat man sich bisher auf einen bestimmten Namen nicht einigen können. Reichel[35]) sagt

[34]) Goldmann u. Lilienthal a. a. O. S. 449 Anm. 3; Entsch. d. RG. Bd. 51 S. 123 Note 26.

[35]) Reichel a. a. O. S. 13.

im Hinblick auf die Schuldübernahme, die Sprache des Gesetzes brauche nicht auch die Sprache der Wissenschaft zu sein; diese entnehme die Bezeichnung für ihre Begriffe ihrer Forschung, nicht dem Gesetze. Dies ist sicherlich richtig, aber vielleicht doch unpraktisch. Reichel nennt die Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die befreiende, „Nachübernahme", die sogen. bestärkende „Schuldmitübernahme" und verwendet für beide als Oberbegriff „Schuldübernahme". Wir glauben indessen, daß es besser ist, nicht ohne Not für dieselbe Rechtsfigur zwei Bezeichnungen einzuführen, wie dies dann ja für die befreiende Schuldübernahme der Fall ist. Wir haben uns deshalb Enneccerus, Schneider und Westerkamp[36]) angeschlossen, die die kumulative Schuldübernahme Schuldbeitritt nennen, eine Bezeichnung, deren Wahl doch wohl schon aus dem Grunde zu billigen ist, daß sie auch nach dem Wortsinn das Wesentlichste des Vertrages zum Ausdruck bringt. Nicht unerwähnt mag schließlich bleiben, daß dasjenige ausländische Gesetz, das den Schuldbeitritt als besondere Vertragsart anerkennt, das österreichische, in den für die Begriffsbestimmung gebrauchten Worten des § 1347 „wenn jemand ... einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt" auf die von uns gewählte Bezeichnung hinweist.

[36]) Enneccerus a. a. O. S. 1061; Schneider in seinem oben S. 9 angeführten Aufsatze.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.